INTERPRETATIONVM IVRIS

BARTHOLOMÆI CHESII PISANI

I. V. D.

ET IN PISANO GYMNASIO IVRIS CIVILIS
Ordinarij Professoris.

LIBER PRIMVS.

Cum Argumentis, Summarijs, & duplici, Capitum; & Rerum INDICE.

EDITIO SECVNDA.

Aucta Secundo INTERPRETATIONVM IVRIS Libro, Qui nunc primùm in Lucem editus est,

In qua Liber etiam hic Primus, innumeris, quibus antea scatebat mendis, diligentissimè est expurgatus.





LIBVRNI M.DC.LVII.

Sumptibus Io: Vincētij Bonfigli. Ap. Hęred. Domin. Minaschi.

SVPERIORVM PERMISSV.

SERENISSIMO
LEOPOLDO
EX PRINCIPIBVS
HETRVRIÆ.

BARTHOLOMAEVS CHESIVS S. P. D.

NIMIS Anguſta mortalium pectora: quas diuturno, ſeduloque labore conceperam lucubrationes ſupprimere ſatius cenſueram, quàm eniti, mea potius imbecillitate ſuaſus, quàm mei opinione aliqua elatus, vel ſaltem maturiorem edere fœtum. Verùm ex animò quòd omnia non contingant, penè coactus parturiam, an abortiar neſcio; Vitam tamen, ac lucem fętus habebit, quando obſtetricantem te SERENISS. PRINCEPS, vt literarum cultorem, ſic literatorum Patronum exopto. Te Gymnaſij noſtri inſtauratorem. Te ſiquidem, qui liberalium iam Artium communis Parens habe-

baris, ex quo cura peculiari Gymnasium nostrum tueri, & fouere cępisti, veluti nos omnes, nostraque in clientelam recepisse pro votis nostris, & humanitate tua, vt sperauimus, ità etiam confidentius prędicamus. Supplex hînc ad te confugit libellus hic meus, & vt qui saltem titulos pręferat liberalis disciplinę, & qui ex hoc ipso Gymnasio prodeat; audetq; sub augustissimi nominis tui patrocinio quamuis nouator cuiuspiam censuras non formidare. Noua proferes humanitatis argumenta, si humillimum hoc mei cultus signum, & incrementum, vt spero, non fueris dedignatus. Vale SERENISS. PRINCEPS, & bonis artibus, ac Nobis, studiosis omnibus diú fœlix viue.

Datum Pisis VI. Non. Martij. A. D. M.DC.L.

Im-

Imprimatur si videbitur Reuerendiss. Patri Inquisitori Pisarum.

Gherardus Cęsalpinus Archipresbyter, & Vic. Gen.

Die 7. Februarij 1656.

Videat huiusmodi scripta & referat Excellentiss. D. Ioseph Lupi Fiscalis S. Officij.
F. Hieronymus de Lugo Inquisitor Pisarum.

Reuerendissime Pater.

DE mandato D. V. Reuerendiss. attentus legi Librum hunc Interpretationum Iuris Ciuilis Excellentiss. ac Celeberrimi Domini Bartholomæi Chæsij Pisani, in Patrio Liceo è prima Sede, vespertinis horis, Iuris Ciuilis Interpretis Ordinarij, quinquaginta Capitibus distributum; In quibus singulis admirans inspexi, difficiliora, tum Iuris Consultorum responsa, tum Imperatorum Rescripta, non minori facilitate enucleata, quam subtilitate elaborata. Lætans vidi salebrosas legum difficultates, solidissimis Iuris principijs, fœliciter resolutas; Nouos, earumdem, Intellectus absq; nota diuinationis ingeniosè, ac dilucidè reperi explicatos, omnia tamen Christianæ Pietati, ac bonis moribus consona, & ità modestè dicta, vt sicut indicant Authorem, ità ad Publicarum Vniuersitatum vtilitatem, erudiendosq; Iurisprudentiæ Asseclas, in lucem egredi mereantur. Quarè &c.

Pisis quinto Idus Februarij 1656. more Pisano:

Ioseph Lupius I. C. Pisanus, & in Patrio Gymnasio Iur. Ciuil.
Professor Ordinarius, Fiscalis S. Officij manu propria.

Stante prædicta attestatione, Imprimatur die 9. Februarij. 1656.

F. Hieronymus Baroni de Lugo Inquisitor Generalis Pisarum.

Alexander Victorius Sen. Ser. M. Ducis Aud.

IN-

INDEX
CAPITVM.

INDEX

INDEX RERVM ET VERBORVM.

A

B

C

D.

E.

Fa-

F

R

Stipu-

quo

V

FINIS.

INTERPRETATIONVM IVRIS BARTHOLOMÆI CHESII LIBER PRIMVS.

Explicatur Lex in tempus 62.ff. de hęred. instit. Cap. I.

SVMMARIVM.

HAEredem instituti posse incapacem in tempus, quò capere poterit, quomodo intelligant Doctores num. 1.

Institutus in tempus, quo capere poterit, intelligitur institutus sub conditione. n. 2.

Tempus, quod habet admixtum incertum euentum, conditionis vim habet. n. 3.

Conditio ex tempore demonstretur, an tempus per conditionem, nihil interest. n. 4.

Institui potest hæres quislibet incapax sub qualibet conditione ex sententia Donelli, ita vt & hæres existat, si tempore existentis conditionis capax reperiatur. n. 5.

Regula Catoniana locum non habet in institutionibus, siue legatis conditionalibus. n. 6.

Heredem institutum, & legatarium testamenti factionem habere oportet, & tempore facti testamenti, & tẽpore existentis conditionis n. 7.

Deportatus, si hæres scribatur, pro non scripto habetur. n. 8.

Deportatus ad peregrinitatem redigitur. n. 9.

L. In tempus verus traditur intellectus n. 10.

Latinus Iunian. & Cælebs capere olim hæreditatẽ nõ poterant, poterãt tamẽ institui. n. 11.

Senator, qui libertinam duxisset, vel quilibet alius, qui famosam, ab vxore nihil capere poterat, nec vicissim vxor à viro. n. 12.

Vir, & vxor decimã tantùm regulariter capere poterant, interdum, & plures decimas. n. 13.

Reg. Caton. puras institutiones inualidat. n. 14

Actus defunctorũ in suspẽso esse nõ possũt. n. 15.

Hæredem institutum tribus temporibus oportet testamenti factionem habere. n. 16.

In tempus capienda hæreditatis, qui essent instituendi. n. 17.

Cur beneuolentię esset hos ità institui. n. 18.

IN *tempus capiendę hęreditatis institui hęredem posse beneuolẽtię est* (inquit Iuris Conf. *in l. in tempus 62. ff. de Hęredibus instituendis*), qui ibidem addit *idem in legato seruari.*

1 Cuius responsum † ità cõmuniter accipitur, vt siuè agatur de eo instituẽdo, qui tempore testamenti quomodocumq; sit incapax, siuè de legato incapaci dando, valeat institutio, valeat etiam legatum, si vtrumq; conferatur in tẽpus, quo capere ille poterit, exemplũ afferunt in deportato, iste.n. (inquiũt) rectè ità hęres instituitur. *Lucius Titius cum capere poterit hę-*
2 *res esto* & † eò vsquè progreditur Hugo Donell. *Cõment. Iur. Ciu. lib. 6. cap. 17. & lib. 8. cap. 6.* vt (quoniam videt hunc, qui instituitur in tẽpus, quo capere poterit re ipsa sub conditione magis, quàm in tẽpus
3 institui, quia † ea institutio nõ tempus solum, sed incertum, quem habet admixtũ cõtinet euentum *l. si Titio in princ. ff. quãdo dies leg. ced.*
4 *do dies leg. ced.* vndè † nihil interest an per conditionem tempus, an ex tempore conditio demonstretur *l. quotcumque §. nõ solum ff. de Verb. oblig.*) absolutè sentiat
5 † quemlibet incapacem rectè sub conditione intelligi institutũ, ità vt hęres etiam existat, si tempore existentis conditionis ciuis, & capax fuerit effectus; quod idem in legatis asserit. Addẽs id ità procedere,
6 quòd regula Catoniana † in conditionalibus institutionibus, siuè legatis locum non habeat *l. 3. l. 4. ff. de reg. Catoniana.*

7 Cõmunem† hanc Doctorũ traditionẽ

probare nō possum, vt potè qui video, & in hęredum institutione, & in legatis capacitatem requiri eius, qui ex testamēto accipere vult, & tempore facti testamēti, & tempore existentis conditionis *§. in extraneis instit. tit. de hered. qualit. & diff. l. si alienum §. 1. ff. de hered. instit.* ità vt medium tempus inter institutionem, & cōditionis existentiam his in locis nōn nocere dicatur, quod sanè frustrà adderetur, si solum tempus existentis conditionis esset attendendum, non tempus institutionis, & facti testamenti; & frustrà capacitas illa tempore testamēti iure requireretur, si indistinctè quemlibet incapacē liceret nobis instituere, vel legato honorare sub ea conditione *cum capere potuerit*. Stultus namque esset testator, qui hoc requisitum nesciret eludere incapacem instituendo in tempus, quò capere
8 potuerit. Vndè † absolutè dicitur, & indistinctè *in l. 1. C. de hared. instit.* deportatos, si hæredes scribantur, hęredes existere non posse, sed pro non scriptis haberi. Vndè etiam Vlp. *in fragm. tit. 22. qui haredes institui possint* licet doceat quosdam rectè institui, qui capere ex testamento non possunt, dedititium tamen absolutè asserit hęredem institui nō pos-
9 se, quia peregrinus est: Ergò † eadē ratione, nec deportatus, qui ad peregrinitatē est redactus *l. sed si hac §. sed & si per pœnam ff. de in ius voc. d. l. 1. C. de hared. inst.*
10 Ego † itaquè textum prædictum *in l. in tempus*, intelligo de eo, qui capere quidem ex testamento non potest, sed aliquam tamen habet cum Iure Ciuili communionem, itaut peregrinus non sit, sed interdum etiam sit ciuis, ille tamen, qui aliqua ex causa legibus capere prohibetur, vel ab aliquo, non ab omnibus prohibetur, interdum solidum, interdum tantùm partes. Tales olim plures fuerunt, possent, & hodie multi huius generis ad-
11 ferri. Latinus Iunianus † olim capere hęreditatem l. Iunia prohibebatur, poterat tamen hęres institui, & si intra diem cretionis Ciuis Romanus esset effectus, hęreditatem etiam acquirere Vlp. *in fragm. dicto tit. 22. in §. 1.*, vbi idem dicit Iuris esse in persona Cœlibis propter legē Iuliā, sed clarius *in tit. 17. de cad.* Latinū Iunianum, & Cœlibem institui posse, & legatum, istos, seu hęreditatem capere asserit, si ille intrà centum dies fuerit Romanus Ciuis effectus, iste legi paruerit, id est vxorē infra cētum dies duxerit. Alij erāt, qui ab aliquibus duntaxat solidum cape-
12 re non poterant, veluti † si Senator libertinam vxorē duxisset, vel alius quilibet famosam, isti enim inter se nihil capere poterant Vlp. *in fragm. tit. 16. de solidi capa-*
13 *citate inter virum, & vxor.* Alij †, qui partem tantùm capiebant, vt vir, & vxor, qui ad inuicem matrimonij nomine decimam tantùm capere poterant, interdum etiam plures decimas, vt constat ex eodē Vlp. *in tit. 15. de decimis*. Si is igitur, qui aliqua ex causa legibus capere hæreditatem prohibebatur, iuris tamē ciuilis capax erat, fuisset instituendus, concessum erat in tempus capiendæ hæreditatis instituere; purè namque, si fuisset institutus, inutilis fuisset institutio propter regu-
14 lam Catonianam, † quę ad puras institutiones pertinet *l. penult. ff. de reg. Cat.*, & eas, quæ si statim decessisset testator, inutiles essent, ita inualidat, vt non conualescant, etiam si diù viuente testatore vitium omne fuerit sublatum *l. 1. ff. eod. tit.* In proposito, si statim decessisset testator, purè instituto eo, qui capere non poterat, inutilis fuisset institutio, vt potè, cum lege hęreditas ei non potuisset deferri, sed delata esset, vel hęredibus ab intestato, vel alijs, ad quos iure pertinuisset; neq;
15 enim † actus defunctorum in suspēso esse possunt *l. finali §. fin. ff. Communia præd.* Sed si semel inutiliter dies cedat, non amplius deferetur hæreditas, siue legatum ei, qui die cedēte capere non potuit,
16 licet nunc possit; ideo † tria illa tēpora sunt necessaria, de quibus *in d. l. si alienum §. 1. ff. de hered. instit. §. in extraneis instit. tit. de hered. qualit. & diff.* Erat ergò necessarium eum, qui ita capere non poterat, instituere in tempus, quò capere posset, nisi fortè is esset, cui lege concessū fuisset, vt posset institui, dūmodo infra certum tempus capax esset effectus, quales videntur fuisse latinus Iunianus, & Cœlebs ex Vlp. *dicto tit. 17. & tit. 22. in*
17 *Fragm.* Cœteri † in tempus capiendæ hęreditatis erant instituendi, vt intelligitur

tur

tur *ex l. si ita quis* 51. *ff. de leg.* 2. vbi si cui legatum sit quantum, plurimum per leges capere potest, vel si testator quam maximam partem dare possit, iusserit legatario dari, dicitur intelligi illi relictum in tẽpus cum capere poterit. Id ergò erat necessarium, vt legatum consisteret, aliòquin frustrà ea interpretatio voluntatis testatoris acciperetur, si potuisset legatũ, etiam purè relictum valere, quandoque capace illo effecto, cui esset relictum.

18 Hos autem, qui capere non poterant, posse hæredes institui, vel legato honorari in tempus, quo capere potuerint, beneuolentię est, vt dicitur *in d. l. in tempus ff. de hæred. instit.* ea ratione, quia subtili iure inspecto, non possunt isti videri tempore facti testamenti habere testamenti factionem, quam is dicitur habere, qui acquirere ex testamento potest *dicto* §. *in extran. instit. tit. de hære. qualit. & diff.* Quamuis enim mero iure possint isti institui (vt dicemus cap. sequenti), tamen institutio ex eo, quòd capere non possint, redditur inutilis, vt dicemus cap. 3., ergò dici debuerat inutilem esse institutionem in tempus capiendæ hæreditatis collatam, sicuti inutilis est, si incapax sit institutus sub alia quauis conditione, vt ostendimus ab initio; verum benignè receptum est, vt isti, qui ita capere non possũt, prout supra explicauimus, quamuis tempore institutionis testamenti factionem non habeant, possint institui perindè, ac si capere ex testamento possent; Inde est, quòd inspecto effectu, quia scilicet instituuntur, dici possit istos testamenti factionem habere, & hac sanè ratione Vlp. *in fragm. tit.* 20. *de testamentis* disertissimè asserit latinum Iunianum testamenti factionem habere, nempè ex beneuolentia ei traditam, vt paulò ante diximus; aliòquin, si ipso iure habuisset is testamenti factionem, qui capere non poterat, in tempus capiendæ hæreditatis institui eum posse beneuolentiæ non esset.

Exponitur textus in l. si Seruus 82. ff. de acquir. hæreditate, & ex occasione l. si paterfam. 40. ff. de hæred. instituend. & plura alia Iuris loca illustrantur. Caput. II.

SVMMARIVM.

Serui testamenti factionem habent ex persona Dominorum. n. 1.

Donelli, & Cuiacij interpretatio ad l. si seruus 82. *ff. de acquir. hæred. n.* 2.

Reprobatur n. 3. *& seq.*

Explicatur l. si paterfam. 40. *ff. de hæred. instit. n.* 4. *& seq.*

Seruo instituto, & substituto eo quisquis hæres erit, Dominus, quis hæreditatem per seruum acquisiuit, non intelligitur substitutus. n. 5.

Post aditam hæreditatem expirat vulgaris substitutio. n. 6.

Hæredes duo in solidum esse non possunt. n. 7.

Nec duo in solidum Domini. n. 8.

Refertur Bartoli, & communiter Doctorum interpretatio ad dictam legem si seruus n. 9. *& reprobatur ibidem.*

Seruus, quòd attinet ad ius ciuile pro nullo habetur, n. 10.

Refertur ad eamdem l. si seruus expositio antiquorum. n. 11.

Fiscus aufert indigno eo casu, quò indignus quæsierit. n. 12.

Capere non dicitur, qui non est retenturus. n. 13.

Antiquorum interpretatio reprobatur. n. 14.

In fraudem creditorum non facit, qui acquirere non vult. n. 15.

Ità nec in fraudem Fisci, qui acquirere non vult, quę Fisco vindicarentur n. 16.

Subijcitur Authoris intellectus ad d. l. si seruus. n. 17. *& seq.*

Ciues, & Aliòquin capaces ex causa legibus capere prohibebantur. n. 18.

Tribus temporibus requiritur in hęrede institutio testamenti factio. n. 19.

Seruus testamẽti factionẽ accipit à Domino. n. 20.

Aliud est capere non posse, aliud non posse institui, n. 21.

Hęredes instituuntur rectè, qui capere non possunt, dummodo non sint hæreditatem retenturi. n. 22.

In his, quæ seruis relinquuntur, inspiciendum est, an ea sint, quæ liberi facti acquirere possent. n. 23.
Seruo rectè res Domini legatur. n. 24.
Via, vel alia seruitus ad fundum Domini inutiliter seruo legatur n. 25.
Seruitutem realem acquirere nemo potest, qui prædium non habet. n. 26.
Delata hæreditas intelligitur, quam quis adeundo consequi potest. n. 27.
Conditio cuiusq; quærenda non est antequam ad eum hæreditas, vel legatum pertineat. n. 28.
Hæreditatem Fiscus aufert ei, qui tacitè fidem suam accomodauit. n. 29.
Manumissus olim ciuis non efficiebatur, nisi solemnibus modis manumissus esset. n. 30.
Dominus seruum manumittendo non poterat ciuem Romanum efficere, nisi eum habuisset in dominio iure quiritium. n. 31.
Deportatus, quæ iuris ciuilis sunt, non habet. n. 32.
Explicatur l. seruus hæreditarius 52. ff. de hæred. instit. n. 33. & seq.
Hæreditatem habent soli Ciues Romani. n. 34.
Latinus Iunianus dicitur testamenti factionem habere. n. 35.
Hærede instituto seruo hæreditario, non quæritur an defunctus, an hæres capere possit, sed neutrius persona spectanda est. n. 36.
Idem debitor, & creditor esse non potest. n. 37.
Hæredi à semetipso legari non potest. n. 38.
Regula Catoniana vitiat ea, quæ si statim facto testamento testator decederet, non valerent. n. 39.

Difficile semper mihi visum fuit, quod respondetur *in l. si seruus 82. ff. de acquir. hæred.* si seruus eius, qui capere non potest, sit hæres institutus, validam esse institutionem, adeo vt, si antequam Domini iussu adeat manumissus, alienatusuè sit, possit sibi adeundo, vel nouo Domino acquirere.

1 Cum enim † placuerit ex persona Dominorum nobis esse cum seruis testamẽti factionem, ita vt eos possimus instituere, quorũ Dominos possemus Vlp. *in fragm. tit. 22. §. alienos l. non minus 31. ff. de hæred. instit.* Si seruus eius Domini sit, qui ipse testamenti factionem non habet, vt putà, quia Dominus sit deportatus; sine dubio, neque ex Domini persona, neque ex propria poterit institui; indè ab initio inualida institutio ex eo conualescere nõ poterit, quòd postea seruus ille capax fuerit effectus, vel quia liber, & ciuis factus, vel quia ad nouum Dominu m, eumque capacem accipiendi, fuerit translatus, cũ inter alia tempora quę requiruntur ad validitatem, & effectum institutionis, illud primum sit, tempus facti testamenti, factęque institutionis; vt scil. eo tempore institutus testamẽti factionem habeat, possitque ex testamento acquirere, vt in præcedẽti capite dicebamus *ex §. in extraneis instit. tit. de hæred. qualit. & diff. & l. si alienum §. 1. ff. de hæred. instit.*

2 Donellus† lib. *Comment. iur. ciu. 6. cap. 17.* ideo valere institutionem sentit, quia quoties seruus instituitur, videtur ita institutus, vt si maneat eiusdem Domini, ei acquirat, si alienetur, nouo Domino, si verò liber fiat, acquirat sibi *l. si pater fam. ff. de hæred. instit.* Cum autem permissum sit incapaci relinquere in tẽpus, quo capere poterit *d. l. in tempus ff. eodem tit.* videbitur seruus incapacis institutus in tempus, quo capere poterit, vel liber factus, vel alterius Domini, qui capere possit; & hac ipsa responsione vtitur Doctissimus Iacobus Cuiacius *ad l. si alienum 49. ff. de hæred. instit.*

3 Verum † hac interpretatione efficeretur, tempus institutionis non esse inspiciendum, sed sufficere tempus existentis conditionis, quod in cap. præcedenti reprobauimus. Præterea omnino destrueretur iuris illud principium, de quo *in l. non minus 31. ff. de hæred. instit.* seruos illos institui posse, quorum dominos possumus, quia semper seruos vtiliter institueremus; quamuis cum eorum Dominis testamenti factio non esset. Tandem nec illud verum est, seruum sub conditione videri institutum, si liber fiat, vel

4 noui Domini; neque † id colligitur *ex d. l. si pater familias 40. ff. de hæred. instit.* nã ibi quęritur, seruo purè instituto, si ei detur substitutus sub ea conditione, *si hæres non erit*, quomodo hæc verba, *si hæres non erit*, intelligantur; Et quoniam Testator seruum instituendo voluit primam in hæreditate ipsius causam esse, & primo loco voluit ipsum hęredem esse, & sciuit necel-

necessariò futurum Iuris dispositione, & potestate, vt si maneat in eodem statu, adquirat Domino, si liber fiat, sibi, si noui Domini, nouo Domino; dum ei substituendo subdit *si ille hares non erit, Titius hęres esto*: necessariò oportet, vt ea verba intelligat, si ille hęres, non erit liber factus, vel alium hęredem non fecerit; non quià censeatur quis disponere iuxtà Iuris dispositionem, eique se se accomodare, vt ex hac lege communiter Doctores colligũt; sed quià Iuris dispositionẽ nõ potest euadere, dum seruum hęredem instituit, qua ratione iuris dispositioni se accomodare videtur is, qui postquam cohęres abstinuit, se se hęreditati immiscuit *in l. si duo ff. de acquir. hęred.* non quòd effectus sequatur ex voluntate instituentis, vel se se immiscentis, sed imò data institutione, data immixtione, ex Iuris necessitate. Vndè † est, quòd si quis seruum

5 instituat, inde dicat *quisquis mihi hęres erit, idem impuberi filio meo hęres esto* licet per seruum quęsitum fuerit Domino, nõ tamẽ dominum impuberi substituisse intelligatur *l. qui liberis* 8. §. *hęc verba ff. de Vulg. & pupill.* ea ratione, quę in textu exprimitur, quià iste ex iudicio, & voluntate testatoris non venit, sed ex legis dispositione, & potestate. Vndè eadem ratione certissimum, verissimum crederem instituto Sticho Seruo à Titio; Si Sempronius sibi hęredem, instituerer, Caium sub conditione, si Stichus Titij heres esset, conditionem deficere, si per Stichum Domino suo hęreditas esset quæsita, quià verba hunc sensum habent, nec potest videri hæres extitisse, qui alium hæredem fecit. Hac ratione oporteret locum esse substitutioni in casu *d. l. si pater familias*; sed institutio pręcedens Serui aliam necessariam inducit interpretationem eorum verborum *si hęres non erit*. non enim satest, vt possit substitutus admitti, eam cõditionem verificari, quià seruus hęres nõ extiterit, sed oporteret etiam alium hę-

6 redem non fecisse, aliòquin † si alium hæredem fecerit, iam impossibile est locum fieri substituto *l. post aditam C. de impub.*

7 *& alijs substit.* cum † repugnet duos in solidum hęredes esse *l. quod contra* 141. §. *fin.*

8 *ff. de reg. iuris*, & † generaliter duos in solidum eiusdem rei Dominos *l. si vt certo* 5. §. *si duobus ff. cõmod. l. de hereditate* 19. §. *pater ff. de castr. pecul.* Alium hæredem per seruum fieri posse nouit, qui eũ instituit, quem sciuit seruum esse, & voluit tamen instituere, ergò sibi eripuit facultatẽ substituendi, si seruus hęreditatem sibi non acquireret; sed potuit duntaxat substituere in casu, quo seruus, nec sibi quæsijsset hæreditatem, nec alium hæredem fecisset; ergò, dum subdit, *si ille hares non erit, Titius hares esto*, rei necessitas exigit, vt illa verba, *si hares non erit* ita accipiamus: si ipse hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit, *In l. qui liberis* 8. §. *hęc verba ff. de vulg.* hęc cessat necessitas, quia nihil habet commune cum institutione substitutio pupillaris (ad hunc scil. effectum) cum diuersæ sint hereditates, & alij patri, alij filio possint hæredes institui; ideò verba illa *quisquis mihi hęres erit* intelliguntur de eo, qui ex voluntate Testatoris hæres extiterit. Hæc paulò latiùs dixisse volui, quod cõmuniter Doctores eo textu abutantur, vt probent Testatorem se legis dispositioni accomodare, quòd falsissimum existimo; quandò verborum proprietas quomodocumque repugnat, vt fortè alibi euidentiùs demonstrabo.

Ergò constat ex dictis, Seruo instituto conditiones illas non ex voluntate testatoris subintelligi, sed ex Iuris necessitate. Et prætereà conditiones illæ insũt acquisitioni, non institutioni; ergò institutio est pura; & facta pura institutione futurum est, vt seruus si in eodem statu maneat acquirat Domino; si liber fiat, sibi; quę acquisitio futura ex institutione pura non efficit, nec potest efficere institutionem conditionalem, cum imò varius ille euentus acquisitionis non possit considerari; nisi posita prius pura institutione: aliòquin si seruus intelligeretur institutus sub conditione, si liber fieret, in eodem statu manens, Domino acquirere non posset; quià dum in eo statu maneret non verificata conditione, sub qua fuit institutus numquam ei deferretur hęreditas. At verò, vt *ex d. l. si paterfam. ff. de hęred. instit.* ea posset deduci interpretatio, oporteret in eo textu, decidi seruum semper intel-

intelligi institutum sub conditione, si capere poterit, quod sanè nullo modo ex illo textu colligi potest.

9 Paulò melius † ab initio videtur textũ nostrum id est *l. si seruus 82. ff. de acquir. hæred.* explicare Bart. ad hanc legem, dũ refert quorumdam Antiquorum sententiam; sed dum posteà concludit, seruum cuiusque incapacis Domini posse institui etiam deportati, dummodo contemplatione ipsius serui fiat institutio; non Domini, prout legem illam, & textum nostrum intelligit, vt scilicet ibi agatur de seruo instituto contemplatione sui ipsius, sinè dubio pessimè sentit, & cum eò Bald. Castr. & cõmuniter Doctores. Quomodo enim fieri potest, vt seruus à se ipso

10 capacitatem accipiat, qui † (quòd attinet ad ius ciuile) pro nullo habetur *l. quod attinet ff. de reg. iur.* Si verò tempore institutionis, testamenti factionem institutum habere non est necesse, sed sufficit tempore acquirendæ hereditatis, quid nocebit Dominum esse deportatum, & incapacem? sat erit, si tempore mortis capax reperiatur, nec oportebit capacitatem seruum à se ipso accipere, quę non est necessaria. Sed perpetuò supponunt Bart., & cæteri Doctores testamenti factionem in herede instituto non esse necessariam tempore testamenti, quòd falsum suprà demonstrauimus.

11 Itàque † omnium optimè sentiunt Antiqui illi à Bart. & alijs relati *in d. l. si seruus*, nempè, vt textus procedat in his, quibus, vt ab indignis fiscus aufert, quorum seruus, si instituatur rectè intelligetur institutus, & si tempore aditionis, vel liber erit, vel noui Domini, sibi acquiret, vel nouo Domino, & fiscus non auferet, & ratio est, quia ab initio sicuti Dominus ipse posset institui, imò & ac-

12 quirere (nam ad hoc vt fiscus † auferre possit ab indigno, necesse est, vt indignus quęsiuerit *l. ex facto §. Iulianus ff. de vulg. l. indigno l. cum qui §. bonis ff. de his quibus, vt indignis*) ità seruus rectè est institutus, tanquam eius seruus, qui licet indignus sit, tamen & institui, & capere etiam ex testamento potest: sibi autem acquirit, si liber factus adeat, quià eo tempore cessat causa illa auferendi, cum seruus ipse acquirat, qui indignus non est, dummodo in fraudem nihil sit factum, vt scil. fiscus dè hæreditate fraudetur, vt ipsi Doctores explicant. Et quamuis textus loquatur de eo, qui capere non potest, capere autem videri possit indignus, à quo non nisi acquisita fiscus aufert, vt

13 dicebamus; tamen † rectè etiam in vlu iuris capere non dicitur, qui ità capit, vt non sit retenturus *l. non videtur 51. ff. de reg. iur. l. aliud est capere 71. ff. de verb. signif.*

14 Cæterum † licet iste intellectus verus sit in se, tamen verius existimo textum nõ esse intelligendum de seruo eius, qui ideò dicatur capere non posse, quòd sit indignus, sed potiùs de seruo eius, qui lege capere prohibeatur.

Moueor præcipuè ex legis inscriptione; scripta enim est *ad l. Iuliam, & Papiam*, qua lege plures capere, vel in solidum, vel pro parte erant prohibiti, ità vt si hi non cępissent, quod initio validè relictum esset, caducum id fieret Vlpia. *in fragm. tit. de Caducis in princ. l. vnica §. & cum triplici Cod. de Cad. toll.* Nullo autem modo lex Papia pertinebat ad ea, quę ab indignis auferuntur. Prætereà non agitur *in ea l. si seruus* de eo, qui alienat, vel manumittit in fraudem fisci, vt scil. ea hæreditas ad fiscum non deferatur, nam imò ibi requiritur; nè quid fiat in fraudem legis, non in fraudem fisci; Et verò nulla fraus fisco fieri intell gi potest. Quamuis enim Dominus indignus eo consilio seruum manumitteret, nè hereditas ad se perueniret, & ità sibi à Fisco auferretur, sed potiùs vellet eam peruenire ad seruum, ab eoque acquiri; vel etiam si seruus alienaretur, vt hereditas noui Domini iussu adita, eidem acquireretur, tamen in fraudem fisci nihil

15 factum dici posset. Sicuti enim † in fraudem creditorum non facit, qui delata sibi acquirere non vult, & patrimonium suum augere detrectat; sed qui de proprijs bonis minuit *l. qui autem 6. ff. quę in*

16 *fraud. cred.* ità † nec in fraudem fisci facit; qui id agit, vt alius acquirat, quod ipse acquirere posset, & acquirendo, fisco locum faceret *l. cum quidam ff. de Iure fisci* maximè cum fiscus ad ea, quæ indigno

digno auferuntur, admittatur: non ob sui
fauorem, sed in odium dumtaxat illius,
qui capere est indignus; quę causa omni-
no cessat, si alius capiat, qui indignus non
sit; nec fisco vlla fraus fieri intelligitur,
qui non alia ratione ad ea bona inuitaba-
tur, quam nè manerent apud illum, qui
ea retinere iudicatus fuerat indignus.
17 Ego itàque † textum intelligo de seruo
eius, qui capere non potest; non quòd
omninò sit iuris ciuilis expers; sed quòd
ex aliqua causa, licet ciuis, & aliòqui ca-
pax, lege tamen capere prohibetur, qua-
18 les † plures fuisse non solum probatur ex
Vlp. vt præcedenti capite ostendimus.
Verùm de cœlibe, & orbo probatur etiã
ex l. 1. C. de infirm. pœnis Cęlib. & de vxo-
re quæ à viro capere non poterat textus
est *in l. 1. C. de his qui se deferunt lib.* 10.
*l. 1. & 2. C. de infirm. pœnis cœlib. colligi-
tur ex l. fin. in princ. ff. de his quibus vt in-
dign.* Horum seruus rectè instituebatur,
& ità vt si tempore aditæ hereditatis li-
ber factus fuisset, vel alterius Domini si-
bi adeundo acquireret, vel nouo Do-
mino. Ratio autem est; quoniam licet,
19 vt supra sępius diximus † tria tempora in
hęrede extraneo sint inspicienda, & prę-
cipue tempus iacti testamẽti *l. si alienum*
49 *§. 1. ff. de hęred. instit. §. in extraneis
instit. de hæred. qualit. & diff.* & rursus li-
20 cet † seruus capacitatem à Domino suo
accipiat, ità vt is possit institui, cuius Do-
minus posset *l. non minus 31. ff. eod. tit. de
hæred. inst.* tamen rectè dici potest seruus
eius, qui capere non potest eo modo, quo
explicauimus, tempore institutionis ca-
pax, & quidem ex persona Domini. Nam
cum Dominus Ciuis sit, & is, qui institui
potest, poterit etiam eius seruus. Ani-
21 maduertendum namq; est † lõgè aliud es-
se capere non posse, aliud non posse insti-
tui, multi capere prohibebãtur aliqua ex
causa, non tamen institui prohibebantur,
quod certissimò comprobatur argumen-
22 to; quoniam † illi ijdem, qui lege prohi-
bebantur capere, & institui, & acquirere
hęreditatem poterant, dummodo eam
non essent retenturi, sed alijs restituturi
*l. cum ei ff. de leg. 2. l. cogi §. hi qui solidum ff.
ad Trebell. l. 1. §. sed si legatum l. 2. §. fidei
ff. si quis aliq. test. prohib. l. Papinianus §.
meminisse ff. de inoff. test.* ergò testamenti
isti factionem habent, & igitur ex eorum
persona serui. Plane licet isti factionem
habeant testamenti, inutilis eis est, si insti-
tuantur, quià necesse est, vitietur institu-
tio, quæ effectum habere non potest, vt
præcedenti capite attigimus, & dicemus
in sequenti. At quę causa in horum per-
sona institutionem alioqui validam vi-
tiat, cessat in persona serui, qui capacita-
tem quidem, & testamenti factionem ac-
cipit ex persona Domini; sed in quo ea
causa non reperitur, cur institutio vitie-
23 tur: nam † quoties aliquid seruo relinqui-
tur, ipsius serui, non Domini persona in-
spicitur, an scil. illud, quod relictum est,
posset seruus liber factus acquirere *l. de-
24 bitor §. seruo alieno ff de leg. 2.* vnde † si ser-
uo alieno res legetur, quæ ipsius Domi-
ni est, quamuis ea res inutiliter Domino
legaretur *§. sed si rẽ instit. tit. de leg. l. cate-
ra §. 1. ff. de leg. 1.* tamen in persona serui
vtile legatum est *d. § seruo alieno.* E con-
trà, licet ea res sit, quę vtiliter Domino
legaretur, seruo tamen legari non potest,
si liber factus ex sua persona capere eam
25 non posset; ideò † ad fundum Domini, via,
iter, vel alia seruitus inutiliter seruo lega-
tur *l. & si maximè ff. de seruitute leg.* ratio
26 est, quia † nemo potest acquirere serui-
tutem, qui prædium non habet *l. 1. ff. Co-
mun pręd.* prędium autem habet Domi-
nus, non seruus. Inspecta autem persona
serui, si ipse liber fieret, hęreditas ista ab
ipso capi posset, vt potè qui legibus cape-
re non esset prohibitus; ergò cessante in
seruo impedimento, quod erat in Domi-
no, consistet institutio aliòqui vtiliter fa-
cta, cum seruus ex persona Domini te-
tamẽti factionem habuerit: nec ex eo vi-
tiabitur, quòd fortè, dum adhuc seruus in
eiusdem Domini incapacis dominio re-
peritur, dies cedat, & deferri incipiat hę-
reditas seruo; quo casu ea à seruo nõ po-
test vtiliter adiri, vndè nec vtiliter delata
27 ei videri potest, cum delata † intelligatur
hæreditas, quam quis adeundo consequi
potest *l. delata 151. ff. de verb. signif.* Nam
imò si personam serui cõsideremus, pro
vt considerandum probauimus paulò an-
tè, potest is adeundo acquirere, ergò re-
ctè dicetur ei hæreditas delata; & quam-
uis

V

FINIS.

INTERPRETATIONVM IVRIS BARTHOLOMÆI CHESII LIBER PRIMVS.

Explicatur Lex in tempus 62.ff. de hęred. instit. Cap. I.

SVMMARIVM.

HAEredem institui posse incapacem in tempus, quò capere poterit, quomodo intelligant Doctores num. 1.

Institutus in tempus, quo capere poterit, intelligitur institutus sub conditione. n. 2.

Tempus, quod habet admixtum incertum euentum, conditionis vim habet. n. 3.

Conditio ex tempore demonstretur, an tempus per conditionem, nihil interest. n. 4.

Institui potest hares quilibet incapax sub qualibet conditione ex sententia Donelli, ita vt & heres existat, si tempore existentis conditionis capax reperiatur. n. 5.

Regula Catoniana locum non habet in institutionibus, siue legatis conditionalibus. n. 6.

Hęredem institutum, & legatarium testamenti factionem habere oportet, & tempore facti testamenti, & tẽpore existentis conditionis n. 7.

Deportatus, si hares scribatur, pro non scripto habetur. n. 8.

Deportatus ad peregrinitatem redigitur. n. 9.

L. *In tempus verus traditur intellectus n. 10.*

Latinus Iunian. & Cælebs capere olim hereditatẽ nõ poterant, poterãt tamẽ institui. n. 11.

Senator, qui libertinam duxisset, vel quilibet alius, qui famosam, ab vxore nihil capere poterat, nec vicissim vxor a viro. n 12.

Vir, & vxor decimã tantùm regulariter capere poterant, interdum, & plures decimas. n. 13.

Reg. Caton. puras institutiones inualidat. n. 14

Actus defunctorũ in suspẽso esse nõ possũt. n. 15.

Haredem institutum tribus temporibus oportet testamenti factionem habere. n. 16.

In tempus capienda hareditatis, qui essent instituendi. n. 17.

Cur beneuolentię esset hos ita institui. n. 18.

I*N tempus capiendę hęreditatis institui hęredem posse beneuolẽtię est* (inquit Iuris Cons. *in l. in tempus 62. ff. de Hęredibus instituendis*), qui ibidem addit *idem in legato seruari.*

1 Cuius responsum ità cõmuniter accipitur, vt siuè agatur de eo instituẽdo, qui
tempore testamenti quomodocumq; sit
incapax, siuè de legato incapaci dando,
valeat institutio, valeat etiam legatum, si
vtrumq; conferatur in tẽpus, quo capere
ille poterit, exemplũ afferunt in deporta-
to, iste.n (inquiũt) rectè ità hęres institui-
tur. *Lucius Titius cum capere poterit hę-*
2 *res esto* & † eò vsquè progreditur Hugo
Donell. *Cõment. Iur. Ciu. lib. 6. cap. 17. &*
lib. 8. cap. 6. vt (quoniam videt hunc, qui
instituitur in tẽpus, quo capere poterit re
ipsa sub conditione magis, quàm in tẽpus
3 institui, quia † ea institutio nõ tempus so-
lum, sed incertum, quem habet admixtũ
cõtinet euentum *l. si Titio in princ. ff. quã-*
4 *do dies leg. ced.* vndè † nihil interest an
per conditionem tempus, an ex tempore
conditio demonstretur *l. quodcumque §.*
nõ solum ff. de Verb. oblig.) absolutè sentiat
5 † quemlibet incapacem rectè sub condi-
tione intelligi institutũ, ità vt hęres etiam
existat, si tempore existentis conditionis
ciuis, & capax fuerit effectus; quod idem
in legatis asserit. Addẽs id ità procedere,
6 quòd regula Catoniana † in conditiona-
libus institutionibus, siuè legatis locum
non habeat *l. 3. l. 4. ff. de reg. Catoniana.*

7 Cõmunem † hanc Doctorũ traditionẽ

probare nõ possum, vt potè qui video, &
in hęredum institutione, & in legatis ca-
pacitatem requiri eius, qui ex testamẽto
accipere vult, & tempore facti testamẽti,
& tempore existentis conditionis *§. in ex-
traneis instit. tit. de hæred. qualit. & diff. l. si
alienum §. 1. ff. de hæred. instit.* ità vt me-
dium tempus inter institutionem, & cõ-
ditionis existentiam his in locis non no-
cere dicatur, quod sanè frustrà addere-
tur, si solum tempus existẽntis conditio-
nis esset attendendum, non tempus insti-
tutionis, & facti testamenti; & frustrà ca-
pacitas illa tempore testamẽti iure requi-
reretur, si indistinctè quemlibet incapacẽ
liceret nobis instituere, vel legato hono-
rare sub ea conditione *cum capere potue-
rit*. Stultus namque esset testator, qui
hoc requisitum nesciret eludere incapa-
cem instituendo in tempus, quò capere
8 potuerit. Vndè † absolutè dicitur, & indi-
stinctè *in l. 1. C. de hæred. instit.* deporta-
tos, si hæredes scribantur, hęredes existe-
re non posse, sed pro non scriptis habe-
ri. Vndè etiam Vlp. *in fragm. tit. 22. qui
hæredes institui possint* licet doceat quos-
dam rectè institui, qui capere ex testa-
mento non possunt, dedititium tamen
absolutè asserit hęredem institui nõ pos-
9 se, quia peregrinus est: Ergò † eadẽ ratio-
ne, nec deportatus, qui ad peregrinitatẽ
est redactus *l. sed si hac §. sed & si per pœ-
nam ff. de in ius voc. d. l. 1. C. de hæred. inst.*
10 Ego † itaquè textum prædictum *in l. in
tempus*, intelligo de eo, qui capere qui-
dem ex testamento non potest, sed ali-
quam tamen habet cum Iure Ciuili co-
munionem, itaut peregrinus non sit, sed
interdum etiam sit ciuis, ille tamen, qui
aliqua ex causa legibus capere prohibe-
tur, vel ab aliquo, non ab omnibus prohi-
betur, interdum solidum, interdum tan-
tùm partes. Tales olim plures fuerunt,
possent, & hodie multi huius generis ad-
11 ferri. Latinus Iunianus † olim capere hę-
reditatem l. Iunia prohibebatur, poterat
tamen hęres institui, & si intra diem cre-
tionis Ciuis Romanus esset effectus, hę-
reditatem etiam acquirere Vlp. *in fragm.
dicto tit. 22. in §. 1.*, vbi idem dicit Iuris
esse in persona Cœlibis propter legẽ Iu-
liã, sed clarius *in tit. 17. de cad.* Latinũ Iu-
nianum, & Cœlibem institui posse, & le-
gatum, istos, seu hęreditatem capere asse-
rit, si ille intrà centum dies fuerit Roma-
nus Ciuis effectus, iste legi paruerit, id est
vxorẽ infra cẽtum dies duxerit. Alij erãt,
qui ab aliquibus duntaxat solidum cape-
12 re non poterant, veluti † si Senator liberti-
nam vxorẽ duxisset, vel alius quilibet fa-
mosam, isti enim inter se nihil capere po-
terant Vlp. *in fragm. tit. 16. de solidi capa-
13 citate inter virum, & vxor.* Alij †, qui par-
tem tantùm capiebant, vt vir, & vxor, qui
ad inuicem matrimonij nomine deci-
mam tantùm capere poterant, interdum
etiam plures decimas, vt constat ex eodẽ
Vlp. *in tit. 15. de decimis*. Si is igitur, qui
aliqua ex causa legibus capere hæredi-
tatem prohibebatur, iuris tamẽ ciuilis ca-
pax erat, fuisset instituendus, concessum
erat in tempus capiendæ hæreditatis in-
stituere; purè namque, si fuisset institutus,
inutilis fuisset institutio propter regu-
14 lam Catonianam, † quę ad puras institu-
tiones pertinet *l. penult. ff. de reg. Cat.*, &
eas, quæ si statim decessisset testator, inu-
tiles essent, ita inualidat, vt non conua-
lescant, etiam si diù viuente testatore vi-
tium omne fuerit sublatum *l. 1. ff. eod. tit.*
In proposito, si statim decessisset testator,
purè instituto eo, qui capere non pote-
rat, inutilis fuisset institutio, vt potè, cum
lege hęreditas ei non potuisset deferri,
sed delata esset, vel hęredibus ab intesta-
to, vel alijs, ad quos iure pertinuisset; neq;
15 enim † actus defunctorum in suspẽso esse
possunt *l. finali §. fin. ff. Communia præd.*
Sed si semel inutiliter dies cedat, non
amplius deferetur hæreditas, siue lega-
tum ei, qui die cedẽte capere non potuit,
16 licet nunc possit; ideo † tria illa tẽpora sunt
necessaria, de quibus *in d. l. si alienum §.
1. ff. de hæred. instit. §. in extraneis in-
stit. tit. de hæred. qualit. & diff.* Erat er-
gò necessarium eum, qui ita capere non
poterat, instituere in tempus, quò capere
posset, nisi fortè is esset, cui lege conces-
sũ fuisset, vt posset institui, dũmodo infra
certum tempus capax esset effectus, qua-
les videntur fuisse latinus Iunianus, &
Cœlebs ex Vlp. *dicto tit. 17. & tit. 22. in
17 Fragm.* Cœteri † in tempus capiendæ
hęreditatis erant instituendi, vt intelligi-

tur

tur *ex l. si ita quis 51. ff. de leg. 2.* vbi si cui legatum sit quantum plurimum per leges capere potest, vel si testator quam maximam partem dare possit, iusserit legatario dari, dicitur intelligi illi relictum in tẽpus cum capere poterit. Id ergò erat necessarium, vt legatum consisteret, aliòquin frustrà ea interpretatio voluntatis testatoris acciperetur, si potuisset legatũ, etiam purè relictum valere, quandoque capace illo effecto, cui esset relictum.

28 Hos† autem, qui capere non poterant, posse hæredes institui, vel legato honorari in tempus, quo capere potuerint, beneuolentię est, vt dicitur *in d. l. in tempus ff. de hæred. instit.* ea ratione, quia subtili iure inspecto, non possunt isti videri tempore facti testamenti habere testamenti factionem, quam is dicitur habere, qui acquirere ex testamento potest *dicto §. in extran. instit. tit. de hære. qualit. & diff.* Quamuis enim mero iure possint isti institui (vt dicemus cap. sequenti), tamen institutio ex eo, quòd capere non possint, redditur inutilis, vt dicemus cap. 5., ergò dici debuerat inutilem esse institutionem in tempus capiendæ hæreditatis collatam, sicuti inutilis est, si incapax sit institutus sub alia quauis conditione, vt ostendimus ab initio; verum benignè receptum est, vt isti, qui ita capere non possũt, prout supra explicauimus, quamuis tempore institutionis testamenti factionem non habeant, possint institui perindè, ac si capere ex testamento possent; Inde est, quòd inspecto effectu, quia scilicet instituuntur, dici possit istos testamenti factionem habere, & hac sanè ratione Vlp. *in fragm. tit. 20. de testamentis* disertissimè asserit latinum Iunianum testamenti factionem habere, nempè ex beneuolentia ei traditam, vt paulò 'ante diximus; aliòquin, si ipso iure habuisset is testamenti factionem, qui capere non poterat, in tempus capiendæ hæreditatis institui eum posse beneuolentiæ non esset.

Exponitur textus in l. si Seruus 82. ff. de acquir. hæreditate, & ex occasione l. si paterfam. 40. ff. de hæred. instituend. & plura alia Iuris loca illustrantur. Caput. II.

SVMMARIVM.

Serui testamenti factionem habent ex persona Dominorum. n. 1.
Donelli, & Cuiacij interpretatio ad l. si seruus 82. ff. de acquir. hęred. n. 2.
Reprobatur n. 3. & seq.
Explicatur l. si paterfam. 40. ff. de hęred. instit. n. 4. & seq.
Seruo instituto, & substituto eo quisquis heres erit, Dominus, quis hęreditatem per seruum acquisiuit, non intelligitur substitutus. n. 5.
Post aditam hęreditatem expirat vulgaris substitutio. n. 6.
Hæredes duo in solidum esse non possunt. n. 7.
Nec duo in solidum Domini. n 8.
Refertur Bartoli, & communiter Doctorum interpretatio ad dictam legem si seruus n. 9. & reprob.tur ibidem.
Seruus, quòd attinet ad ius ciuile pro nullo habetur. n. 10.
Refertur ad eamdem l. si seruus expositio antiquorum. n. 11.
Fiscus aufert indigno eo casu, quò indignus quęsierit. n. 12.
Capere non dicitur, qui non est retenturus. n. 13.
Antiquorum interpretatio reprobatur. n. 14.
In fraudem creditorum non facit, qui acquirere non vult. n. 15.
Ità nec in fraudem Fisci, qui acquirere non vult, quę Fisco vindicarentur n. 16.
Subijcitur Authoris intellectus ad d. l. si seruus. n. 17. & seq.
Ciues, & Aliòquin capaces ex causa legibus capere prohibebantur. n. 18.
Tribus temporibus requiritur in herede instituto testamenti factio. n. 19.
Seruus testamẽti factionẽ accipit à Domino. n. 20.
Aliud est capere non posse, aliud non posse institui. n. 21.
Heredes instituuntur rectè, qui capere non possunt, dummodo non sint hæreditatem retenturi. n. 22.

In his, quæ seruis relinquuntur, inspiciendum est, an ea sint, quæ liberi facti acquirere possent. n. 23.
Seruo rectè res Domini legatur. n. 24.
Via, vel alia seruitus ad fundum Domini inutiliter seruo legatur n. 25.
Seruitutem realem acquirere nemo potest, qui prædium non habet. n. 26.
Delata hæreditas intelligitur, quam quis adeundo consequi potest. n. 27.
Conditio cuiusq; quærenda non est antequam ad eum hæreditas, vel legatum pertineat. n. 28.
Hæreditatem Fiscus aufert ei, qui tacitè fidem suam accomodauit. n. 29.
Manumissus olim ciuis non efficiebatur, nisi solemnibus modis manumissus esset. n. 30.
Dominus seruum manumittendo non poterat ciuem Romanum efficere, nisi eum habuisset in dominio iure quiritum. n. 31.
Deportatus, quæ iuris ciuilis sunt, non habet. n. 32.
Explicatur l. seruus hæreditarius 52. ff. de hæred. instit. n. 33. & seq.
Hæreditatem habent soli Ciues Romani. n. 34.
Latinus Iunianus dicitur testamenti factionem habere. n. 35.
Hærede instituto seruo hæreditario, non quæritur an defunctus, an hæres capere possit, sed neutrius persona spectanda est. n. 36.
Idem debitor, & creditor esse non potest. n. 37.
Hæredi à semetipso legari non potest. n. 38.
Regula Catoniana vitiat ea, quæ si statim facto testamento testator decederet, non valerent. n. 39.

Difficile semper mihi visum fuit, quod respondetur *in l. si seruus 82. ff. de acquir. hæred.* si seruus eius, qui capere non potest, sit hæres institutus, validam esse institutionem, adeo vt, si antequam Domini iussu adeat manumissus, alienatusuè sit, possit sibi adeundo, vel nouo Domino acquirere.

1 Cum enim † placuerit ex persona Dominorum nobis esse cum seruis testamẽti factionem, ita vt eos possimus instituere, quorũ Dominos possemus Vlp. *in fragm. tit. 22. §. alienos l. non minus 31. ff. de hæred. instit.* Si seruus eius Domini sit, qui ipse testamenti factionem non habet, vt putà, quia Dominus sit deportatus, sine dubio, neque ex Domini persona, neque ex propria poterit institui; indè ab initio inualida institutio ex eo conualescere nõ poterit, quòd postea seruus ille capax fuerit effectus, vel quia liber, & ciuis factus, vel quia ad nouum Dominum, eumque capacem accipiendi, fuerit translatus, cũ inter alia tempora quę requiruntur ad validitatem, & effectum institutionis, illud primum sit, tempus facti testamenti, factęque institutionis; vt scil. eo tempore institutus testamẽti factionem habeat, possitque ex testamento acquirere, vt in præcedẽti capite dicebamus *ex §. in extraneis instit. tit. de hæred. qualit. & diff. & l. si alienum §. 1. ff. de hæred. instit.*

2 Donellus† lib. *Comment. iur. ciu. 6. cap. 17.* ideo valere institutionem sentit, quia quoties seruus instituitur, videtur ita institutus, vt si maneat eiusdem Domini, ei acquirat, si alienetur, nouo Domino, si verò liber fiat, acquirat sibi *l. si pater fam. ff. de hæred. instit.* Cum autem permissum sit incapaci relinquere in tẽpus, quo capere poterit *d. l. in tempus ff. eodem tit.* videbitur seruus incapacis institutus in tempus, quo capere poterit, vel liber factus, vel alterius Domini, qui capere possit; & hac ipsa responsione vtitur Doctissimus Iacobus Cuiacius *ad l. si alienum 49. ff. de hæred. instit.*

3 Verum † hac interpretatione efficeretur, tempus institutionis non esse inspiciendum, sed sufficere tempus existentis conditionis, quod in cap. præcedenti reprobauimus. Præterea omni ò destrueretur iuris illud principium, de quo *in l. non minus 31. ff. de hæred. instit.* seruos illos institui posse, quorum dominos possumus; quia semper seruos vtiliter institueremus; quamuis cum eorum Dominis testamenti factio non esset. Tandem nec illud verum est, seruum sub conditione videri institutum, si liber fiat, vel

4 noui Domini; neque † id colligitur *ex d. l. si pater familias 40. ff. de hæred. instit.* nã ibi quæritur, seruo purè instituto, si ei dicitur substitutus sub ea conditione, *si hæres non erit*, quomodo hæc verba, *si hæres non erit*, intelligantur; Et quoniam Testator seruum instituendo voluit primam in hæreditate ipsius causam esse, & primo loco voluit ipsum hęredem esse, & sciuit neces-

necessariò futurum Iuris dispositione, & potestate, vt si maneat in eodem statu, acquirat Domino, si liber fiat, sibi; si noui Domini, nouo Domino, dum ei substituendo subdit *si ille hares non erit, Titius hęres esto*: necessariò oportet, vt ea verba intelligat, si ille hęres, non erit liber factus, vel alium hęredem non fecerit; non quià censeatur quis disponere iuxtà Iuris dispositionem, eique se se accomodare, vt ex hac lege communiter Doctores colligũt; sed quià Iuris dispositionẽ nõ potest euadere, dum seruum hęredem instituit, qua ratione iuris dispositioni se accomodare videtur is, qui postquam cohęres abstinuit, sè se hęreditati immiscuit *in l. si duo ff. de acquir. hęred.* non quòd effectus sequatur ex voluntate instituentis, vel se se immiscentis, sed imò data institutione, data immixtione, ex Iuris ne-
5 cessitate. Vndè † est, quòd si quis seruum instituat, inde dicat *quisquis mihi hęres erit, idem impuberi filio meo hęres esto* licet per seruum quęsitum fuerit Domino, nõ tamẽ dominum impuberi substituisse intelligatur *l. qui liberis 8. § hęc verba ff. de Vulg. & pupill.* ea ratione, quę in textu exprimitur, quià iste ex iudicio, & voluntate testatoris non venit, sed ex legis dispositione, & potestate. Vndè eadem ratione certissimum, verissimum crederem instituto Sticho Seruo à Titio; Si Sempronius sibi hęredem, instituerет, Caium sub conditione, si Stichus Titij heres esset, conditionem deficere, si per Stichum Domino suo hęreditas esset quæsita, quià verba hunc sensum habent, nec potest videri hæres extitisse, qui alium hæredem fecit. Hac ratione oporteret locum esse substitutioni in casu *d. l. si pater familias*; sed institutio pręcedens Serui aliam necessariam inducit interpretationem eorum verborum *si hęres non erit.* non enim sat est, vt possit substitutus admitti, eam cõditionem verificari, quià seruus hęres nõ extiterit, sed oportet etiam alium hę-
6 redem non fecisse, aliòquin † si alium hæredem fecerit, iam impossibile est locum fieri substituto *l. post aditam C. de impub.*
7 *& alijs substit.* cum † repugnet duos in solidum hęredes esse *l. quod contra 141. §. fin.*
8 *ff. de reg. iuris*, & † generaliter duos in solidum eiusdem rei Dominos *l. si vt certo 5. §. si duobus ff. cõmod. l. de hęreditate 19. §. pater ff. de castr. pecul.* Alium hæredem per seruum fieri posse nouit, qui eũ instituit, quem sciuit seruum esse, & voluit tamen instituere, ergò sibi eripuit facultatẽ substituendi, si seruus hęreditatem sibi non acquireret; sed potuit duntaxat substituere in casu, quo seruus, nec sibi quæsijsset hæreditatem, nec alium hæredem fecisset; ergò, dum subdit, *si ille hares non erit, Titius hares esto*, rei necessitas exigit, vt illa verba, *si hares non erit* ita accipiamus: si ipse hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit, *In l. qui liberis 8. §. hęc verba ff. de vulg.* hęc cessat necessitas, quia nihil habet commune cum institutione substitutio pupillaris (ad hunc scil. effectum) cum diuersæ sint hęreditates, & alij patri, alij filio possint hæredes institui; ideò verba illa *quisquis mihi hęres erit* intelliguntur de eo, qui ex voluntate Testatoris hæres extiterit. Hæc paulò latiùs dixisse volui, quod cõmuniter Doctores eo textu abutantur, vt probent Testatorem se legis dispositioni accomodare, quòd falsissimum existimo; quandò verborum proprietas quomodocumque repugnat, vt fortè alibi euidentiùs demonstrabo.

Ergò constat ex dictis, Seruo instituto conditiones illas non ex voluntate testatoris subintelligi, sed ex Iuris necessitate. Et præterea conditiones illæ insũt acquisitioni, non institutioni; ergò institutio est pura; & facta pura institutione futurum est, vt seruus si in eodem statu maneat acquirat Domino; si liber fiat, sibi; quę acquisitio futura ex institutione pura non efficit, nec potest efficere institutionem conditionalem, cum imò varius ille euentus acquisitionis non possit considerari; nisi posita prius pura institutione: aliòquin si seruus intelligeretur institutus sub conditione, si liber fieret, in eodem statu manens, Domino acquirere non posset; quià dum in eo statu maneret non verificata conditione, sub qua fuit institutus numquam ei deferretur hęreditas. At verò, vt *ex d. l. si paterfam. ff. de hæred. instit.* ea posset deduci interpretatio, oporteret in eo textu, decidi seruum semper intel-

intelligi institutum sub conditione, si capere poterit, quod sanè nullo modo ex illo textu colligi potest.

9 Paulò melius † ab initio videtur textũ nostrum id est *l. si seruus 82. ff. de acquir. hared.* explicare Bart. ad hanc legem, dũ refert quorumdam Antiquorum sententiam, sed dum posteà concludit, seruum cuiusque incapacis Domini posse institui etiam deportati, dummodo contemplatione ipsius serui fiat institutio; non Domini, prout legem illam, & textum nostrum intelligit, vt scilicet ibi agatur de seruo instituto contemplatione sui ipsius, sinè dubio pessimè sentit, & cum eò Bald. Castr. & cõmuniter Doctores. Quomodo enim fieri potest, vt seruus à se ipso

10 capacitatem accipiat, qui † (quòd attinet ad ius ciuile) pro nullo habetur *l. quod attinet ff. de reg. Iur.* Si verò tempore institutionis, testamenti factionem institutum habere non est necesse, sed sufficit tempore acquirendæ hæreditatis, quid nocebit Dominum esse deportatum, & incapacem? sat erit, si tempore mortis capax reperiatur, nec oportebit capacitatem seruum à se ipso accipere, quę non est necessaria. Sed perpetuò supponunt Bart., & cæteri Doctores testamenti factionem in hęrede instituto non esse necessariam tempore testamenti, quòd falsum suprà demonstrauimus.

11 Itàque † omnium optimè sentiunt Antiqui illi à Bart. & alijs relati *in d. l. si seruus.* nempè, vt textus procedat in his, quibus, vt ab indignis fiscus aufert, quorum seruus, si instituatur rectè intelligetur institutus; & si tempore aditionis, vel liber erit, vel noui Domini, sibi acquiret, vel nouo Domino, & fiscus non auferet, & ratio est, quia ab initio sicuti Dominus ipse posset institui, imò & ac-

12 quirere (nam ad hoc vt fiscus † auferre possit ab indigno, necesse est, vt indignus quęsiuerit *l. ex facto §. Iulianus ff. de vulg. l. indigno l. cum qui §. bonis ff. de his quibus, vt indignis*) ità seruus rectè est institutus, tanquam eius seruus, qui licet indignus sit, tamen & institui, & capere etiam ex testamento potest: sibi autem acquirit, si liber factus adeat, quià eo tempore cessat causa illa auferendi, cum seruus ipse acquirat, qui indignus non est, dummodo in fraudem nihil sit factum, vt scil. fiscus dè hæreditate fraudetur; vt ipsi Doctores explicant. Et quamuis textus loquatur de eo, qui capere non potest, capere autem videri possit indignus, à quo non nisi acquisita fiscus aufert, vt

13 dicebamus; tamen † rectè etiam in vsu iuris capere non dicitur, qui ità capit, vt non sit retenturus *l. non videtur 51. ff. de reg. iur. l. aliud est capere 71. ff. de verb. signif.*

14 Cæterum † licet iste intellectus verus sit in se, tamen verius existimo textum nõ esse intelligendum de seruo eius, qui ideò dicatur capere non posse, quòd sit indignus; sed potiùs de seruo eius, qui lege capere prohibeatur.

Moueor præcipuè ex legis inscriptione; scripta enim est *ad L. Iuliam, & Papiam*, qua lege plures capere, vel in solidum, vel pro parte erant prohibiti, ità vt si hi non cępissent, quod initio validè relictum esset, caducum id fieret Vlpia. *in fragm. tit. de Caducis in princ. l. vnica §. & cum triplici Cod. de Cad. toll.* Nullo autem modo lex Papia pertinebat ad ea, quę ab indignis auferuntur. Præterea non agitur *in ea l. si seruus* de eo, qui alienar, vel manumittit in fraudem fisci, vt scil. ea hæreditas ad fiscum non deferatur, nam imò ibi requiritur; nè quid fiat in fraudem legis, non in fraudem fisci; Et verò nulla fraus fisco fieri intelligi potest. Quamuis enim Dominus indignus eo consilio seruum manumitteret, nè hęreditas ad se perueniret, & ità sibi à Fisco auferretur, sed potiùs vellet eam peruenire ad seruum, ab eoque acquiri; vel etiam si seruus alienaretur, vt hęreditas noui Domini iussu adita, eidem acquireretur; tamen in fraudem fisci nihil

15 factum dici posset. Sicuti enim † in fraudem creditorum non facit, qui delata sibi acquirere non vult, & patrimonium suum augere detrectat; sed qui de proprijs bonis minuit *l. qui autem 6. ff. quę in*

16 *fraud. cred.* ità † nec in fraudem fisci tacit, qui id agit, vt alius acquirat, quod ipse acquirere posset, & acquirendo, fisco locum faceret *l. cum quidam ff. de Iure fisci* maximè cum fiscus ad ea, quæ indigno

digno auferuntur, admittatur: non ob sui fauorem, sed in odium illius, qui capere est indignus; quę causa omnino cessat, si alius capiat, qui indignus non sit; nec fisco vlla fraus fieri intelligitur, qui non alia ratione ad ea bona inuitabatur, quam nè manerent apud illum, qui ea retinere iudicatus fuerat indignus.

17 Ego itaque † textum intelligo de seruo eius, qui capere non potest; non quòd omninò sit iuris ciuilis expers; sed quòd ex aliqua causa, licet ciuis, & alioqui capax, lege tamen capere prohibetur, qua-
18 les † plures fuisse non solum probatur ex Vlp. vt præcedenti capite ostendimus. Verùm de cœlibe, & orbo probatur etiã *ex l. 1. C. de infirm. pœnis Cęlib.* & de vxore quæ à viro capere non poterat textus est *in l. 1. C. de his qui se deferunt lib. 10. l. 1. & 2. C. de infirm. pœnis cœlib. colligitur ex l. fin. in princ. ff. de his quibus vt indign.* Horum seruus rectè instituebatur, & ità vt si tempore aditæ hęreditatis liber factus fuisset, vel alterius Domini sibi adeundo acquireret, vel nouo Domino. Ratio autem est; quoniam licet,
19 vt supra sępius diximus † tria tempora in hęrede extraneo sint inspicienda, & pręcipue tempus facti testamẽti *l. si alienum 49 §. 1. ff. de hered. instit. §. in extraneis instit. de hered. qualit. & diff.* & rursus li-
20 cet † seruus capacitatem à Domino suo accipiat, ità vt is possit institui, cuius Dominus posset *l. non minus 31. ff. eod. tit. de hered. inst.* tamen rectè dici potest seruus eius, qui capere non potest eo modo, quo explicauimus, institutionis capax, & quidem ex persona Domini. Nam cum Dominus Ciuis sit, & is, qui institui potest, poterit etiam eius seruus: Ani-
21 maduertendum namq; est † lõgè aliud esse capere non posse, aliud non posse institui, multi capere prohibebãtur aliqua ex causa, non tamen institui prohibebantur, quod certissimò comprobatur argumen-
22 to; quoniam † illi ijdem, qui lege prohibebantur capere, poterant, & institui, & acquirere hęreditatem poterant, dummodo eam non essent retenturi, sed alijs restituturi *l. cum ei ff. de leg. 2. l. cogi §. hi qui solidum ff. ad Trebell. l. 1. §. sed si legatum l. 2. §. fidei ff. si quis aliq. test. prohib. l. Papinianus §. meminisse ff. de inoff. test.* ergò testamenti isti factionem habent, & igitur ex eorum persona serui. Planè licet isti factionem habeant testamenti, inutilis eis est, si instituantur, quia necesse est, vitietur institutio, quæ effectum habere non potest, vt præcedenti capite attigimus, & dicemus in sequenti. At quę causa in horum persona institutionem alioqui validam vitiat, cessat in persona serui, qui capacitatem quidem, & testamenti factionem accipit ex persona Domini; sed in quo ea causa non reperitur, cur institutio vitie-
23 tur: nam † quoties aliquid seruo relinquitur, ipsius serui, non Domini persona inspicitur, an scil. illud, quod relictum est, posset seruus liber factus acquirere *l. de-*
24 *bitor §. seruo alieno ff. de leg. 2.* vndè † si seruo alieno res legetur, quæ ipsius Domini est, quamuis ea res inutiliter Domino legaretur *§. sed si rẽ instit. tit. de leg. l. cætera §. 1. ff. de leg. 1.* tamen in persona serui vtile legatum est *d. § seruo alieno.* E contrà, licet ea res sit, quę vtiliter Domino legaretur, seruo tamen legari non potest, si liber factus ex sua persona capere eam
25 non posset; ideò † ad fundum Domini, via, iter, vel alia seruitus inutiliter seruo legatur *l. & si maximè ff. de seruitute leg.* ratio
26 est, quia † nemo potest acquirere seruitutem, qui prædium non habet *l. 1. ff. Comun præd.* prędium autem habet Dominus, non seruus. Inspecta autem persona serui, si ipse liber fieret, hęreditas ista ab ipso capi posset, vt potè qui legibus capere non esset prohibitus; ergò cessante in seruo impedimento, quod erat in Domino, consistet institutio alioqui vtiliter facta, cum seruus ex persona Domini testamẽti factionem habuerit: nec ex eo vitiabitur, quòd fortè, dum adhuc seruus in eiusdem Domini incapacis dominio reperitur, dies cedat, & deferri incipiat hęreditas seruo; quo casu ea à seruo nõ potest vtiliter adiri; vndè nec vtiliter delata
27 ei videri potest, cum delata † intelligatur hæreditas, quam quis adeundo consequi potest *l. delata 151. ff. de verb. signif.* Nam imò si personam serui cõsideremus, pro vt considerandum probauimus paulò antè, potest is adeundo acquirere, ergò rectè dicetur ei hæreditas delata; & quam-

uis

uis si seruus adiret, dum in eodem statu manet, inutilis redderetur aditio, quia nec sibi posset acquirere, quia seruus; nec
28 Domino, quia incapax; tamen † conditio Domini non consideratur, nec est attendenda antequam ad eum hęreditas pertineat, vel sit deuoluta *l. non oportet 52. ff. de leg. 2.* antèquam autem seruus adeat, nihil Domino defertur, nec cōditio Domini est inspicienda; quià non Domino, sed seruo defertur hæreditas. Hinc intelligimus, quòd in hoc nostro textu dicitur seruum, si liber fiat, sibi acquirere, si anteà iussu Domini nō adierit; Nā si fortè dum in eodē statu maneret, iussu Domini adiuisset, lex hæreditatem, quam seruus acquirere non posset, ad Dominū detulisset, quem cum incapacem inuenisset, locum sinè dubio fisco fecisset. Nā statim atque seruus adit, qui ipse sibi acquirere non potest, necesse est inquirere de conditione Domini; At si incipiat inspici persona Domini, necesse est caducam fieri hęreditatem, cum ipse incapax reperiatur. Quòd si seruus iussu Domini non adeat, sed antèquam adeat liber fiat, sibi adeundo acquiret, quià semper sui persona inspecta capax fuit, nunquam autem data fuit occasio inspiciendi personam Domini, & de eius conditione inquirendi, quià nunquam hæreditas illa ad eum pertinuit, nec in ea causa fuit, vt pertinere posset. Antèquam autem hęreditas, vel legatum ad aliquem pertineat, de eius conditione quęrendum non est *d. l. non oportet 52. ff. de leg. 2.* quę, cum inscripta sit ad legem Iuliam, & Papiam, sine dubio est intelligenda in terminis nostris; quandò scil. ab initio vtiliter facta est institutio, & quæritur; an fiscus ipse possit vindicare, quasi caducum, quod fortè posteà incapax sit effectus, qui fuit institutus; vel qualibet alia ratione spes sit ad incapacē hęreditatem peruenire posse; nam in his terminis, nec fiscus vindicat, nec conditio illius consideratur antequam hęreditas ad eum pertineat, id est in ea causa sit, vt acquiri posset, si ille capax esset. Planè non nego, posse etiam illam legem intelligi eo casu, quandò ab hęrede, qui tacitam fidem accomodauit auferendum est, pro vt explicat eam Cuiacius *ad tit. ff. de leg. 2.*

Seruus igitur sibi acquirit, si antèquam iussu Domini adeat, liber sit effectus, vel etiam nouo Domino acquirit, si fuerit in nouum Dominum translatus; sed addēdum est, dummodo in fraudem legis factum non sit, quià scil. ea lege fortè manumissus sit, vt liber factus, acquisitā hæreditatē incapaci restitueret, vel etiam similiter, si tacitè fidem suam emptor acco-
29 modauerit, his enim casibus † cum in fraudem legis factum esset, hæreditas esset ab eo, qui fidem tacitè accomodauit auferenda, & in fiscum redigenda argumento *l. 3. ff. de Iure fisci l. in fraudem §. 1. l. eum qui §. bonis l. fin. ff. de his, quib. vt indign.* Intelligendum autem textum istū de eo, qui ità capere non potest, quòd ex aliqua causa sit prohibitus, cum aliòquin is sit, qui testamenti factionem habeat, non autem de seruo eius, qui omninò incapax est, vt putà quia deportatus; vltra ea, quæ diximus ab initio huius capitis, probatur, quia si iste, qui capere nō posse dicitur *in hac l. si seruus* omninò expers iuris ciuilis esset, & fortè deportatus, manumittendo sinè dubio non faceret ciuem Romanum: absurdum enim esset plus iuris in seruum conferre Dominum manumittētem, quam ipse haberet *l. nemo plus iuris ff. de reg. iur.* Quini-
30 mò, † cū nec Dominus, qui ciuis esset, posset manumittēdo seruum ciuem Romanum efficere, nisi modis iuris Ciuilis solēnibus vteretur. Vlp. *in fragm. tit. de Libertis intelligitur ex §. fin. instit. tit. de libert.* multò minùs potuisset peregrinus, qui earum solemnitatum iuris Ciuilis in-
31 capax est. Et verò, † vt ipse etiam Ciuis manumittendo seruum Ciuem efficeret, requirebatur seruum in Dominio suo habere, non bonitario; sed iure quiritum, *vt testatur Vlp. in fragm. d. tit. de libert. §. tantum in bonis* (& vestigium aliquod huius rei extat *in l. generaliter 29. ff. qui, & à quibus*) si Dominus tantum bonitarius fuisset, non ciuem manumittendo, sed latinum fecisset, vt ibidem testatur Vlp. ideò nec hęreditatem capere potuisset: Idem Vlp. *in tit. 22. qui hæred. instit. pos-*
32 *sint §. eum seruum.* At verò † peregrinus vel deportatus, qui iuris Ciuilis, quę sunt,

non

non habet *l. sunt quidam ff. de pœnis* quomodò poterit in suo dominio habuisse seruum iure Quiritum, & ità manumittendo eum Ciuem efficere? ergò, cum is ponatur dominus *in l. si seruus* qui possit libertatem dando seruum institutum capacem efficere hereditatis, cuius quidem non nisi ciuis capax est Vlp. *in fragm. d. §. eum seruum tit. 22. qui hæred. institui possint*, omninò etiam ponendum est, de eo Domino agi, qui ipse ciuis Romanus sit.

33 Nec dicatur † non posse interpretationem nostram procedere, quià non sufficit ad hoc, vt seruus possit institui hæres, Dominum Ciuem esse, sed præterea requiritur, vt capere ipse possit, aliòquin ex ipsius persona seruus institui nō poterit, vt videtur probari *ex l. seruus hereditarius 52. ff. de hered. instit.* vbi dicitur, ità demum posse seruum hereditarium institui heredē, si ipse Dominus defunctus testamenti factionem habuerit; sinè dubio agitur ibi de seruo Ciuis Romani defuncti, alioqui si Ciuis Romanus non fuisset, nec potuisset hereditatem, nec seruum
34 hereditarium relinquere: hereditas † enim soliu. Ciuis est *l. 1. in princ. ff. de suis, & legit. iuncto inst. tit. de hæred. quæ ab intest. l. 2. §. pen. ff. unde legit.* & tamen ad hoc, vt iste seruus hæreditarius possit institui, requiritur, vt Dominus habuerit testamenti factionem, ergò testamenti factionem intelligit I. Cons. capacitatem capiendi. Aliòqui si testamenti factionem intelligeret, ità vt Ciuis esset Romanus, frustrà eam adderet conditionem, debebat enim absolutè dicere seruum hereditarium posse institui. Cum seruus hæreditarius esse nō possit, quin Dominus defunctus Ciuis fuerit. Respondeo etenim vim decisionis eius *l. seruus hereditarius*, in eo esse, vt seruus hæreditarius possit hæres institui, quamuis hæres institutus testamenti factionem nō habeat, vt putà, quià fuerit iacente hæreditate sub conditione data deportatus, sufficit enim testamenti factionem habuisse defunctū, id est Ciuem fuisse; & hic est sensus eius legis; sufficit defunctum habuisse testamēti factionem, idest ciuē fuisse, quià hoc casu seruus hereditarius institui poterit, licet tēpore quò instituitur, qui hæres futurus speratur, Ciuis Romanus nō fit, ideòq; testamenti factionem non habet. Textum verò illum ità esse intelligendum, probatur, quià is, qui Ciuis Romanus est, licet aliqua ex causa capere prohibeatur, tamē testamēti factionem habet, vt suprà probatum est ex eo, quià & institui & hæreditatem potest acquirere, dummodò retenturus non sit, & ad hoc vt quis testamēti factionem habere dicatur, sufficit vt possit institui, licet capere nō possit; Vndè
35 † Latinus Iunianus dicitur ab Vlp. testamenti factionem habere *tit. 11. de tutelis §. testamento, & tit. 20. de testamentis §. Latinus* licet capere hæreditatem non possit. *Idem Vlp. in frag. tit. 22. ad princ. §. eum seruum, & in tit. de caducis* ergò satis erit, defunctum Ciuem fuisse, vt hæres seruus hæreditarius possit institui. Confirmatur, quià dummodò defunctus testamenti factionem habuerit, id est Ciuis fuerit, licet capere ipse nō potuisset, rectè seruus instituitur hæres, rectè seruo relinquitur hereditario, quamuis etiam hæres is sit institutus, qui & ipse capere non
36 posset, quoniam † quoties seruus hereditarius instituitur hæres, vel ei legatū datur, de neutrius, nec defuncti, nec heredis instituti capacitate quæritur, an scil. is sit, vel fuerit, qui capere possit, vel potuerit, vt textus est apertissimus *in l. si Titio & mihi §. 1. ff de leg. 2.* Ibi enim ponitur hæres institutus, qui capere non potest, & seruo eiusdem hereditatis ab alio legatum datum; Quæritur indè generaliter si dies legati cedat, dum adhuc in suspenso est hereditas, ad quem pertinere debeat; & dum adhuc hæreditas iacet, vtrum defuncti persona, an heredis, an neutrius spectari debeat, & concluditur, neutrius spectandam, quod nullus sit eo tempore Dominus, cui legatum sit acquirendum, & ea ratione de eius capacitate quærendum; Ideò dicitur ibidem legatum sine vllo impedimento acquiri hæreditati, & per eam heredi, quicumque ille capax sit futurus, nam si heres institutus ille sit, qui partē capere possit, partem etiā legati cōsequetur, reliqua pars ad eos, ad quos iure pertinebit hereditas trāsibit. Porrò animaduertēdū est, in eo textu agi nō de legato relinquēdo seruo, sed de acquirēdo legato

iam relicto, & ideò dici acquiri hęreditati, quod nullus sit Dominus, de cuius capacitate quæri possit; nam si aliquis esset Dominus serui, de illius capacitate quærendum esset, an scil. is esset, qui capere posset; & ratio est, quià legatum in ea causa esse ponitur, vt acquiri debeat; seruo non potest, cum adhuc seruus sit; ergò quęrendum de conditione Domini; non idem dicendum est, si legatum scribatur in testamento, & seruo detur, vel etiam si hęres seruus in testamento scribatur, sed non agatur de acquirendo legato, vel hęreditate; nam hoc casu sat est, vt Dominus ille sit, qui institui possit, nec est quærendum, an capere possit, quià nondum res in ea causa est, vt capi possit.

Sufficit ergò ad hoc, vt seruus rectè dicatur institutus, eius Domini seruum eum esse, qui Ciuis Romanus sit, & is, qui aliòqui testamenti factionem habeat, sed aliqua speciali causa capere est prohibitus; is enim seruus rectè hęres institui poterit, huic rectè legatum dabitur, vt probatum est. Quod adhuc confirmatur *ex §. an seruo inst. tit. de leg.* si enim legetur seruo hæredis instituti, ab eodem scilicet Domino, & hærede; si quidem sub conditione legetur, legatum consistit, & tamen legatũ illud capere hęres nõ posset.

Cęterum quià personam ipsius serui inspicimus, an liber factus capere possit: sufficit seruum eius domini esse, qui testamenti factionem habeat, an capere ipse possit, non inspicitur: sed an seruus ipse liber factus capere possit. Itaque in casu proposito, si tempore existentis conditionis seruus reperiatur liber, vel alterius Domini, legatum debebitur. Sanè si purè legatum à testatore seruo hæredis daretur, non valeret propter regulam Catonianam: nam si statim decederet testator, inutiliter dies cederet, legatum enim statim seruo acquireretur, & per seruũ hæ-

37 redi, & sic fieret, vt hęres † sibi ipsi legatũ deberet, quod fieri non potest *l. Vranius*

38 *ff. de fideiussorib.* Et † qua ratione hæredi à semetipso legari non potest *l. legatum 116. §. 1. ff. de leg. 1.* eadem, nec purè potest hæredis seruo propter regulam Ca-

39 tonianam, quę † non permittit, id validum esse, quod si ab initio statim facto testamento testator decessisset, fuisset inutile *l. 1. ff. de reg. Catoniana.* Non idem iuris est in hęredis institutione, nam, & si seruus eius, qui capere non potest institutur purè, valet institutio; & si contingat, seruum institutum, antequam adeat hæreditatem, etiam post eam delatam liberum fieri, vel ad alium dominum transferri, eam adeundo, vel ipse acquirit sibi, vel nouo domino. Quęnam autem sit ratio differentię inter legatum, & hęreditatem dicemus in cap. sequenti.

Regula Catoniana declaratur, & omnes eius tituli leges explicantur, & præcipuè l. 3. & l. 4. (quod omnibus visum est difficillimum) conciliantur. Cap. III.

SVMMARIVM.

Regula Catoniana ea legata constituit inualida, quę si statim facto testamento testator decederet essent inutilia. n. 1.

Exempla adferuntur. n. 2. & seq.

Rem meam stipulor inutiliter. n. 3.

Legatorum conditionalium dies cedit existentis conditionis tempore. n. 4. & 16.

In legatis conditionalibus testamenti factionem habere oportet legatarium tempore existentis conditionis, nec necessè est habere tempore mortis. n. 5.

Legata conditionalia, qua ratione regula Catoniana non vitiet n. 6. & seq.

Institutus sub conditione interim dicitur institutus. n. 7.

Emancipatus sub conditione institutus, non potest petere bonorum possessionem contra tabulas. n. 8.

Emancipatus prateritus petit bonorum possessionem contra tabulas. n. 9.

Emancipatus sub conditione institutus conditione defecta, bonorum possessionem contra tab. petere potest. n. 10.

Per secundũ testamentum, in quo institutus est heres sub conditione tollitur prius. n. 11.

Institutio forma est testamenti. n. 12.

Stipul. cõditionalis ex presẽti vires capit. n. 13.

Item, & institutio conditionalis. n. 14.

Qua ratione legata conditionalia non data dicantur in dicta l. 1. ff. de Regula Caton. n. 15.

Res mea rectè mihi legatur sub conditione. n. 17.

Regu-

Regula Catoniana ad ea legata nõ pertinet, quorum dies cedit ab adita hereditate. Item neque ad libertates, neque ad nouas leges. n. 18.

Regula Caton. non pertinet ad hereditates. n. 19.

Institutio inutilis tractu temporis non conualescit. n. 20.

Regula Caton. locũ habet in institutionib. n. 21.

Inclusio vnius alterius est exclusio. n. 22.

Regula Catoniana nõ solum pertinet ad legata, sed verbum legati latius accipitur n. 23.

Refertur Cuiacij expositio ad l. 3. ff. de reg. Caton. n. 24.

Regula Caton. non pertinet ad libertates. n. 25.

Reprobatur Cuiacij expositio. n. 26.

Tollitur Antinomia inter l. 3. & 4. ff de reg. Caton. n. 27. & sequentibus.

Regulam Catonianam habere locum in puris institutionibus probatur. n. 28.

Dubitari in sta ratione potest, cur regula Catoniana non habeat locum in institutionibus conditionalibus. n. 29.

Institutus, si sit ille, qui tẽpore institutionis capere non potest, quamuis tẽpore mortis testatoris capax reperiatur, institutio non valet. n. 30.

Instituto sub conditione hæreditas non defertur, nisi existentis conditionis tempore. n. 31.

Deportati institutionem Regula Catoniana non vitiat. n. 32.

Deportatus si fuerit institutus, pro non scripto habetur. n. 33.

Regula Catoniana vitiat institutionem illius, qui tempore testamenti potest institui, non potest tamen capere. n. 34.

Nullum, quod est non infirmatur. n. 35.

Tolluntur argumenta, quibus n. 29. dubitatum erat locum habere regulam Catonianam in conditionalibus institutionibus. n. 36.

Regulam Catonianam in hæreditatibus locum non habere ostenditur. n. 37.

Probatur exemplo allato. n. 38.

Aliud adfertur exemplum. n. 39.

Hæredi à semetipso inutiliter legatur. n. 40.

Plurimum interest, seruo eius, qui capere non potest purè detur hæreditas, an legatum. n. 41.

Ratio differentia adfertur. n. 42.

Cessio legati iuris est. n. 43.

Delatio hæreditatis facti. n. 44.

1 REgula † est à Catone instituta à cæteris I.CC. cõprobata; qua ità statuitur, *quod si testamenti facti tẽpore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumq; decesserit, non valere l. 1. ff. de reg. Catoniana.* Vt ergò Regulæ sit locus, oportet, vt legatum, quod dicimus conualescere non posse, in ea causa sit, vt si statim decederet testator, inuti-
2 le esset; exemplum † sit *ex l. cætera § 1. ff. de leg. 1.* Res mea non potest mea amplius
3 fieri, quà ratione † rem meam etiam inutiliter. stipulor *§. sic itàque discretis instit. tit. de Action. l. nemo 82. ff. de verb. oblig.* Purè res mea mihi legata est, sed viuente adhuc testatore, mea esse desijt; Indè decessit testator. an res illa ex legato mihi debebitur? Regula Catoniana ostẽdit, mihi non deberi; nempè, quià, si statim decessisset testator, res illa non potuisset mihi deberi; quià mea, & sic legatum fuisset inutile, ergò quamuis testatore viuente mea esse desierit, nõ tamen legatum cõualescet, quod non alia ratione valere posset, quam quòd diutius testator vixisset. Simile exemplum est *ex eadem l. cætera §. 1.* de columnis, vel marmoribus legatis, quę tempore facti testamenti iuncta erant ędibus; quamuis enim posteà decedente testatore separata inueniantur, non tamen debentur.
4 Ex verbis † eiusdem regulę intelligimus, eam non habere locum in legatis conditionalibus; nam cum horum legatorum dies non cedat, nisi existente conditione *l. 5 ff. quando dies legati cedat;* quamuis statim decederet testator, nõ tamen dici posset, ea esse inutilia; ideòque vitiari;
5 quia † in his non tempus mortis inspicitur, sed tempus existentis conditionis *l. eũ qui 104. ff. de cond. & demonstr. & argumento l. si alienum §. 1. ff. de hered. instit.*
6 Planè † animaduertẽdum est, aliam rationem reddi *in d. l. 1. ff. de reg. Caton.* nempè quòd legata conditionalia magis non data, quam inutiliter data dici possint. Quę
7 tamen ratio falsa videri potest, nam † & id, quod sub conditione datum est, datum rectè dicitur, ideò sub conditione institutus, institutus interim dicitur *l. 3. §. si sub ea conditione ff. de bonor. poss. con.*
8 *tab.* Vndè † petere bonorum possessionem contra tabulas emancipatus sub conditione institutus non potest; quia institutus est *d. §. si sub ea conditione,* aliò-
9 qui † si preteritus, posset *§. sunt autem inst.*

B 2 *tit.*

10 *tit. de bon. poss.* tunc† igitur rectè bonorũ possessionem contrà tabulas petet, quãdò conditio fuerit defecta *d. l. 3. §. sed si sub cond. ff. de bon. poss. cont. tab.* anteà non potest, quia institutio cõditionalis institutio
11 est; qua † ratione testamentum prius iure perfectum tollitur per secundum, etiam si in secundo fuerit institutio conditionaliter concepta: quinimò, & si posteà defecerit §. *posteriore instit. tit. quib. modis test. infirment.* cum tamen prius testamentum non infirmetur, nisi posteriore per-
12 fecto *d. §. posteriore*; perfectum autem † esse non potest, nisi institutionem contineat, quæ forma est testamenti §. *antè heredis instit. tit. de leg. l. 1. §. qui neque*
13 *cum seq. ff. de hared. instit.* Sicuti † ergò, & stipulatio conditionalis ex præsenti vires capit *l. vsusfructus ff. de stipulat. ser-*
14 *uor.* ità † & conditionalis institutio, vt probatur *ex l. penult. §. fin. ff. de condit. inst.* Vbi ex eo, quòd non potest in Codicillis dari, nec adimi hæreditas, dicitur nec etiam posse cõditionem apponi; redditur ratio, quià in defectum conditionis videtur de adimenda hereditate cogitatum, ergò interim, qui dat sub conditione, verè dat, in defectum autem conditionis adimit: adimi autem non potest, nisi quod datum est.

Si ergò hæreditas sub conditione data, interim data intelligitur, etiam legatum sub conditione datum, datum intelligetur; ergò falsum est, quod dicitur *in d. l. 1.* legata conditionalia potius non data, quam inutiliter data censeri. Verum
15 † animaduertendum est *in d. l. 1.* non generaliter dici, legata conditionalia data non esse (prout multi generaliter illud dictum accipiunt), sed legatum illud, de quo in eadem lege agitur, & in casu, qui ibidem proponitur. Nempè ibi ponitur, testator legasse sub ea conditione, si post kal. mortuus fuerit. Hoc legatum, si statim post factum testamentum testator decederet, inutile esset, quià legatũ datũ est, si post kal. testator mortuus esset; & tamen nullus dubitat, hoc legatum validum esse, & deberi, si diutiùs vixerit testator, ità vt post kal. mortuus fuerit; quo exemplo vtitur Iuris. Consf. *in d. l. 1.* vt ostendat, non semper attendi regulam illam Catonianam, nam hoc legatum debetur, licet si statim mortuus esset testator post factum testamentum, fuisset inutile. Sed [illegible] I. C., & regulam Catonianam defendit, quæ ità est concepta, vt quod si statim post testamentum factum testator decessisset, inutile esset, id non conualescat ex eo, quod diutius ille vixerit. At in proposito exemplo, si statim decederet post factum testamentum testator, legatum nõ dici posset inutile, idest datum inutiliter, sed appareret non datum; nempè quià statim moriente testatore post factum testamentum defecisset conditio legati, quæ illa erat. Si post kal. mortuus esset. Deficiente autem conditione rectè dicitur non datum, quod sub ea conditione datum erat vt anteà diximus *ex. l. 3. §. sed si sub conditione ff. de bon. poss. cont. tab.*

Ergò absolutè conditionalia legata data dici debent, illud verò, de quo agitur *in d. l. 1.* si vellemus statim decedere testatorem post testamentum factùm, appareret non datum, quià simul appareret, conditionem defecisse. Simile etiam exemplum adfertur superiori *in eadem l. 1.* si testator fundum, qui tempore testamenti tuus est, tibi legauerit, si cum viuo se; viuo scil. testatore alienaueris (ità enim textus intelligendus, qui aliòquin non benè est interlineatus, vt fundus sub conditione sit datus, *si eum viuo testatore alienaueris*): hic fundus tibi debebitur (supple, impleta conditione, & si alienatus fuerit viuo testatore), qui tamen tibi non deberetur, si statim decessisset testator; ratio est, quià si statim testator decessisset, appareret legatum non datũ, vt paulò antè dicebamus, quià conditio defecisset. Profectò in omni legato conditionali dici potest, regulam Catonianam locum sibi non vindicare, & ratio est, quam
16 suprà afferebamus, quià † in legatis conditionalibus non inspicitur tẽpus mortis, cum ea cedant tempore existentis conditionis *l. 5. §. sed si sub conditione ff. quando dies leg. cedat.* Itaque † si res mea mi-
17 hi sub quauis conditione fuerit legata, vtile legatum erit *l. mea 98. ff. de condit. & demonstr.* vbi ea redditur ratio *quià in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus,*

pus, sed conditionis expletę spectari oportet, id est, in legatis conditionalibus, (quę eius modi sunt) *non inspicitur tempus testamenti*, id est illud tempus non inspicitur, quamuis eo ipso tempore decederet testator, prout tempus testamenti considerat regula Catoniana, sed inspicitur tempus conditionis explete.

18 Qua † ratione ad legata conditionalia regula Catoniana non pertinet, eadem ratione nec pertinet ad ea legata, quorũ dies nõ cedit à morte testatoris, quamuis sint pura, sed cedit ab adita hęreditate, qualia sũt legata vsusfructus, vsus, & habitationis *l. 2. ff. quando dies legati cedat* eadem ratione, nec pertinet ad libertates; quæ non nisi adita hæreditate competunt, vel debentur *l. vnica §. libertatibus C. de Cad. toll.* eadem ratione regula Catoniana non pertinet ad nouas leges *l. fin. ff. de reg. Caton.* id est (vt omnes eruditiores explicant) ad l. Iuliam, & Papiam, ex quibus legata non cedebant à morte testatoris, sed ab apertura tabularũ *l. vnica §. cum igitur C. de cad. toll.* Sed

19 † qua ratione regula Catoniana non pertineat ad hæreditates, vt respondetur *in l. 3. ff. de Reg. Caton.* id est, quod DD. di-

20 gerere non possunt. Cum imò † constet institutionem, quæ ab initio inutilis fuit tractu temporis non conualescere *l. pen.*

21 *ff. de reg. Iur.* Et expresse † etiam Regulam Catonianam locum habere in hęredum institutionibus dicitur *in l. pen. ff. de reg. Caton.* cum enim ibi habeatur, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere, satis innuitur, eam

22 in puris locum sibi vindicare, solet † enim inclusio vnius esse alterius exclusio *vulg. l. cum Pretor. ff. de iudiciis* & si regula Catoniana in hæreditatibus, & institutionibus omninò non admitteretur, stulta esset (vt inquit Cuiacius) ea I C. admonitio, eam ad conditionales institutiones

23 non pertinere. Quamuis † enim regula Catoniana vtatur verbo legati, vt scilicet quod legatum foret inutile, si statim decederet testator, id non conualescat ex eo, quod diutius vixerit; tamen ea non ad sola legata est restringenda, sed verbum legati latiùs est accipiendum, vt & hæredum institutiones, & alias dispositiones contineat, sicuti hoc sensu acceptum est hoc verbum in legib. 12. tabularum, *vti quisque legasset suę rei, ita ius esto l. verbis legis ff. de verb. sign.*

24 Hęc difficultas † crux est quędam ingeniorum teste eodem Cuiacio *in d. l. 3.* qui quidem aliorum expositiones optimè reprobat, ineptasq; ostendit. Ipse verò textum corrigendo difficultatem resoluit, inquit enim *in d. l. 3.* legendum *li-*

25 *bertates*, non *hereditates*: mouetur † *ex l. generaliter §. si homini ff. de fideicom. libert. & ex l. si priuatus §. 1. ff. qui, & à quibus.* ex quibus locis probatur, in libertatibus regulam Catonianam locum non habere, (excipiendus tamen casus est, de quo *in l. si alienum in princ. ff. de hæred. instit.*)

26 Sed † cum omnium librorum fides repugnet, Imperatori emendatio est reseruanda quæ Iur. CC. est illicita.

27 Ego † difficillimam Antinomiam ità tolli posse existimo, vt regula Catoniana in puris institutionibus locum quidem habeat, iuxtà textum *in d. l. pen. ff. de reg. caton.* non tamen locum habeat in hęreditatibus, id est in acquisitione hęreditatũ, his casibus, quibus ab institutione hæreditatis acquisitio potest separari, ità vt institutio quidē sit valida, & ex ea possit hęreditas deferri, sed tamen, si statim delatę hęreditatis tēpore hęreditas acquirenda esset, vel acquiri nõ posset, vel inutilis esset dispositio. Id enim nõ efficit, non posse eã acquiri, vel vtilem esse dispositionem, si posteà adeatur, & acquiratur. Ratio autē cur regula Catoniana in hæreditatibus his casibus locum non habeat, euidens est, quià cum hæreditas statim à morte testatoris non acquiratur, sed eo tempore, quo aditur, non potest regula Catoniana acquisitionem istam inualidare eo colore, quod si statim decederet testator acquisitio inutilis esset; nam & si statim decederet testator, non tamen statim acquireretur hæreditas, sed eo tempore, quo adiretur: ea itaq; ratione, qua in legatis conditionalibus regula Catoniana locum non habet, eadem neque in his hęreditatum acquisitionibus.

28 Regulam † Catonianam in puris institutionibus locum habere, non est dubitandum, nõ solum ex *dicta l. pen. ff. de reg. Iur.*

Iur. & ex l.pen.ff.de reg. Caton. Verumetiã,
29 † quià potius dubitari oporteret, quomo-
dò illud verum sit, eam regulam nõ perti-
nere ad conditionales institutiones, vt di-
citur *in d.l. pen.ff.de reg.Caton.* Cum enim
institutio conditionalis ab initio vires ca.
piat, vndè est, vt dicebamus suprà, etiam
ex conditionali testamento prius tolli §.
posteriore instit. quib. modis test. infir. mi-
rũ est, quomodo fieri possit, vt ea insti-
tutio, quę si statim decederet testator, es-
set inutilis, posteà tractu temporis con-
valescat. Imò verò indistinctè dicitur *in*
l. pen. ff. de reg Iur. inutilem ab initio in-
stitutionem non conualescere; siuè igitur
pura sit, siuè conditionalis. Confirmatur
apertè *ex l. si à primo 8. in princ. ff. de liber.*
& posth. vbi licet substitutus scriptus sit hę-
res sub cõditione illa scil., si institutus hę-
res non erit *l. 1. ff. de vulg. inst. tit. de vulg.*
substitut. in princ.) si filius à substituto sit
pręteritus, statim ea cõditionalis institu-
tio infirmatur, nec conualescit: etiam si
antequã conditio existat, filius decedat.
Et verò quis dubitet testamentũ inutile
fore, si extraneus sub conditione hæres
instituatur filio præterito, quamuis filius
pendente conditione posteà decesserit?
30 Ergo † regula Catoniana in puris insti-
tutionibus locum habet: itàque si is, qui
ciuis est, & ideò mero iure institui potest,
sed aliqua ex causa capere legibus est
prohibitus, purè instituatur hæres; is pro-
pter regulam Catonianam capere non
poterit, quamuis postea capax fuerit ef-
fectus, & capax reperiatur tempore, quo
testator decedit. Ratio est, quia si statim
post factum testamentum testator deces-
sisset, non potuisset illi hæreditas deferri,
vt putà cum is esset, qui hęreditatẽ con-
sequi non posset: ei autem posteà non de-
fertur hæreditas, cum, & tempus mortis
testatoris inspiciatur, vt eo tempore sit
cum hęrede instituto testamenti factio, vt
scil. ex testamẽto capere possit §. *in extra-*
neis Inst. de hęred. qualit. & diff. ergò quã-
uis diutius vixerit Testator, & interim
capax fuerit ille effectus, nõ tamen pote-
rit hæreditatem acquirere, quià regula
Catoniana eam institutionem vitiat. At
in conditionalibus institutionibus regula
Catoniana locum non habet: Ratio est,
quià si statim decederet testator non pos-
set dici inutilem institutionem esse, quià
31 † in his conditionalibus institutionibus
hæreditas non defertur tempore mortis
Testatoris, sed tempore existentis condi-
tionis *l. is qui hęres §. 1. iuncta l. 13. potest. ff.*
de acq. hæred. Vnde qua ratione in lega-
tis conditionalibus regula Catoniana lo-
cum nõ habet, eadem ratione nec in istis
32 conditionalibus institutionibus. Dices †
ergò, rectè deportatus instituetur sub cõ-
ditione, Ità sanè quantum pertinet ad re-
gulam Catonianam. Cęterùm deportati
institutio aliundè erit inualida, nempè
ex eo, quod iure constitutum, receptum-
ue est in hęredum institutionibus, tria tẽ-
pora spectari, quibus temporibus necesse
est cum hęrede instituto esse testamenti
factionem, deportatus autem testamen-
ti factionem non habet, & omninò inca-
pax est: Deportati institutionem ab ini-
tio non valere, non fit ex regula Catonia-
na, cum regula Catoniana supponat vali-
ditatem institutionis, validitatem legati,
illam verò, vel hoc, eo colore inualidet,
quod si statim decederet testator, vel in-
stitutio, vel legatum inutile esset; qui co-
lor sanè frustrà quęritur, quandò ab ini-
tio institutio, vel legatum non consistit,
prout contingit, si scriptus fuerit hęres
33 deportatus, nam † statim is pro nõ scripto
habetur *l. 1. C. de hæred. instit.* colligitur *ex*
toto tit ff. de his quæ prò non scrips. hab. Er-
34 gò † vt locus esse possit regulæ Catonia-
nę, necesse est, eum esse institutum, qui
mero iure institui potest, qualis est ciuis,
qui tamen capere est prohibitus. Is, cum
capere sit prohibitus, non tamen prohi-
bitus est institui; Vndè vt ostendimus
pręcedenti capite, potest institui, & rectè
instituitur, si retẽturus ipse non sit. Si itaq;
is institueretur, qui capere nõ potest, po-
test tamen institui, si iste tempore mortis
testatoris reperiretur capax, hęreditatem
posset acquirere, nisi esset regula Cato-
niana. Nam is est, qui mero iure potuit
institui, & quando res in ea causa fuit, vt
capere deberet, fuit etiam capax accipiẽ-
di. Sed regula Catoniana efficit, capere
hunc non posse, quoniam licet nunc quo
tempore decedit testator capere possit, &
ideò rectè ei deferatur hęreditas, tamen

sis ta-

statim decessisset testator post factũ testamentum, capere non potuisset, ideò ei nec potuisset hęreditas deferri, vnde ex regula Catoniana, neque nunc est deferenda. Eadem ratione vitiatur legatum factum mihi rei meæ, licet antequam testator decesserit, mea esse desierit. Si non esset regula Catoniana, illud legatum valeret, nam licet res mea sit tempore facti testamenti, tamē rectè mihi relinquitur; quamuis enim mea ampliùs fieri non possit, tamen tempore quo res mea mihi legatur non id agitur, vt mea fiat; sed dumtaxat mihi destinatur in tempus mortis testatoris, quo tempore fortè non erit mea: ergò sufficit vt valeat legatum, me testamenti factionem habere, si tempore, quo moritur testator, res mea esse desierit, eam rectè acquiram cessante iam impedimento. At regula Catoniana efficit, legatum hoc non valere; quià si statim decessisset testator, rem meam acquirere non potuissem. Et idem dicendum est de alijs omnibus dispositionibus, quę ex regula Catoniana vitiantur; eæ enim omnes necessariùm est, vt sint ipso iure vitiosæ, aliòquin frustra ea ratione inualidarentur, quod si statim decederet testator,
35 essent inutiles; quod † enim nullum iam est non infirmatur *l. 5. §. 1. ff. de iniusto rupto*. Sicuti ergò regula Catoniana locum habet in puris institutionibus, illis scil. quę ab initio ipso iure valerent, sed tamē si statim decederet testator vitiarentur; quod ei, qui capere non potest non posset hęreditas deferri, vt explicauimus, ità in iisdem terminis regula Catoniana in cōditionalibus institutionibus locum nō habebit; si ergò is, qui capere est prohibitus, sed ciuis est, & non est prohibitus institui, instituatur sub conditione; si tempore institutionis capax reperiatur, rectè sibi hęreditatem acquiret; nec regula Catoniana impedimento erit; quia si statim decessisset testator post testamentum factum, non posset dici inutilem institutionem esse; quià tempore mortis non erat ea hæreditas deferēda, sed tempore existentis conditionis. Exemplo legati mihi facti rei meæ sub conditione, quod validum est, si tempore existentis cōditionis
36 res mea esse desierit. Neque obstāt suprà allata, vt ostenderetur, imò & regulā Catonianam locum habere etiam in conditionalibus institutionibus. Nam quātum attinet *ad leg. pen. ff. de reg. Iur.* si indistinctè ea accipiatur de quauis institutione, etiā cōditionali, intelligēda erit de ea institutione, quæ ab initio sit vitiosa, & ipso iure nō consistat; non ex regula Catoniana (quę non pertinet nisi ad eas institutiones, quę ipso iure validæ sunt, vt demōstrauimus) sed quauis alia de causa: ea enim institutio non conualescet, quià generaliter receptum est, vt quęcumq; ab initio sunt vitiosa, tractu temporis non conualescant *l. quod ab initio 29. ff. de reg. iur.* quæ regula generalis differt à regula Catoniana, quę nō vitiosa prohibet conualescere; sed quæ iure consistunt inualidat, si ea vitiosa essent decedente statim post factum testamentum testatore. Neque etiam obstat *l. si primo 8. in princ. ff. de liberis, & posth.* Nam ibi vitiosa est ab initio conditionalis illa institutio, eadēq; substitutio, videlicet, quià deficit solemnitas à iure requisita; inter alias enim solemnitates, & obseruationes in testamēto conficiēdo illa est, vt qui filium habet, eum, vel instituat, vel exhæredet; aliòqui nullum ab initio sit testamentum *instit. tit. de exhered. liber. in principio l. inter cætera ff. de liber. & posth.* Ergò non ex regula Catoniana in eo casu vitiatur substitutio, & testamentum, in parte illa, in quā substitutionem continet, sed ex his legibus, & eo iure, quod solemnitatem illam desiderat, vt filius instituatur, vel exhęredetur, quo quidē iure fit, vt statim, & ab initio nulla, & inualida sit institutio. Indè regula generalis subintrat, vt quod ab initio vitiosum est cōualescere non possit, & sic vitiosa illa institutio tractu temporis conualescere non poterit; quamuis enim in eo testamento filius proponatur exhęredatus, tamen à primo hærede exhæredatus fuit, à substituto verò præteritus; vndè quantum pertinet ad substitutionem ea ab initio defectu solemnitatis nulla, & vitiosa fuit, vt dicebamus.

37 Ergò † in puris institutionibus locum habere regulam Catonianam demonstrauimus. Superest, vt ostendamus, in hæreditatibus eam sibi locum non vindicare

care

care, quod quidem ità intelligimus (vt suprà indicauimus), vt quoties acquisitio ipsa hæreditatis consideranda est supposita institutionis validitate, & sic supposito deferri hereditatem posse, toties regula Catoniana locum non habeat.

38 Exemplo † res clara fiet, quod huic rei accomodatissimum desumo *ex l. si seruus 82. quam præcedenti capite explicauimus ff. de acq. hæred.* Seruus eius, qui capere non potest, est institutus purè, is rectè institutus est, quià, vt suprà explicauimus, testamenti factionem accipit à Domino, qui & ipse licet capere non possit, potest tamen mero iure institui; & quamuis institutio, si Dominus ipse esset scriptus heres purè, vitiaretur ex regula Catoniana, quià scil. si statim post factū testamentū testator decederet, non posset ei deferri hæreditas, qui capere illam non posset: tamen hoc impedimentum quo ad delationem cessat in ipsius seruo, qui quidem liber si esset, capere posset, itaq; ipsius serui persona considerata (prout iure considerari oportet, vt præcedenti capite probauimus) Seruus is est, qui capere, & acquirere potest, ergò rectè ei defertur hereditas. Et verò congruum est, ipsius personam considerari quo ad acquisitionem, cui acquirendi sit potestas per delationem hæreditatis *l. delata ff. de verb. signif.* potestas autem ista tribuitur seruo, non Domino, & apud ipsum semper manet, donec hæreditatem ipse adiuerit, nec vnquam interim quo ad acquisitionem inspicitur persona domini, vt præcedenti etiam capite probauimus. Ergò hoc casu, quià separatur acquisitio hereditatis à validitate institutionis, & delationis ipsius hæreditatis; quamuis seruus moriente testatore in eiusdem domini potestate reperiretur, qui capere non potest, non tamen ex regula Catoniana vitiaretur institutio, ea ratione, quià si tunc seruus adiret, inutiliter adiret; cum nec sibi, quià seruus, nec domino, quià incapax, acquirere posset, vt consequens esset ex eadem regula, nec posteà vtiliter adire hæreditatem seruum posse; quià agitur in hoc casu de acquisitione inualidanda, quæ, cum non fiat statim moriente testatore, sed eo tempore, quo hæreditas aditur, nō potest locus esse regulę Catonianæ, quæ tunc solum operatur, quandò si statim moreretur testator inutilis actus esset, inutilis dispositio. At non posset dici in casu proposito inutilis acquisitio tempore mortis testatoris, quæ eo tempore non fit.

39 Aliud† exemplum desumi potest *ex §. ex diuerso instit. tit. de leg.* Quidam seruum heredem instituit, & domino eiusdem serui instituti legatum dedit purè: queritur, an legatū valeat. Videtur dicēdum, non valere, quià si statim decederet testator, idem reperiretur heres, & legatarius: nam cum seruus heres sit institutus, necesse est vt acquirat Domino, ergò Dominus heres fiet, qui idem non poterit esse legatarius, cum † inutiliter ab 40
hærede sibi legetur *l. legatum 116. §. 1. ff. de leg. 1.* Verū quià nullitas legati dependet ex hæreditatis acquisitione, in hoc legato locum non habet regula Catoniana, quia scil., licet seruus in ea causa sit, vt si statim decederet testator, & acquirēda esset hæreditas, non posset nisi Domino acquirere, cui legatū est; tamen non est necessarium, statim fieri acquisitionē; acquisitio tunc fit, quandò aditur hereditas: non est necesse, statim hæreditatem adiri; fieri potest, vt antè quam hæreditas à seruo adeatur, ipse vel liber fiat, vel ad alium Dominum transeat; & ità, vel sibi adeundo acquirat; vel nouo Domino; & sic legatum non vitietur: ergò legatum non est vitiandum, sed hereditatis acquisitio est expectanda. Et in his terminis procedere existimamus, & ad hos terminos restringendam *l. 3. ff. de reg. Caton.* quandò acquisitio ipsa est consideranda hæreditatis, supposita iam validitate institutionis, & eiusdem hæreditatis delatione.

41 Planè † (antè quam ad alia transeamus) animaduertendum est, plurimum hac in re interesse inter hereditatem, & legatū. Hereditas, si seruo incapacis detur, videlicet si ipse seruus instituatur, rectè data intelligitur, ità vt possit eam, vel sibi, liber factus, vel nouo domino, si ad alium Dominum transierit, acquirere. At verò legatum purè datum nullius momenti esset, vt probatur *ex §. an seruo inst. tit. de*

de leg. si enim seruo hęredis purè detur
legatum, statim inutile illud est, quam-
uis seruus viuo testatore de potestate hę-
redis exierit, & ratio redditur in eodem
contextu? quià *quod inutile foret legatum,
si statim post factum testamentum decessis-
set testator, hoc non debet ideò valere, quod
diutius vixerit*, inutile autē nō alia ratio-
ne esse potest, nisi quod dies statim lega-
ti cederet, & deferretur legatum seruo eo
tēpore, quo in potestate esset hęredis, ità
vt, & hæres, & legatarius Dominus futu-
rus esset, quod fieri non potest. Hac ea-
dem ratione continget, inutile legatum
fore relictum seruo incapacis. At cur ser-
uus incapacis rectè scribitur hæres *d. l. si
seruus 82. ff. de acqu. hared.* inutiliter au-
42 tem ei datur legatum? Ratio † hæc est
meo iudicio certissima; quià legati cessio
est iuris, delatio verò hæreditatis est fa-
cti; per cessionem legati ius nobis quęri-
tur, saltem obligatio; incipit enim nobis
legatum deberi *l. cedere diem ff. de verb.
signif.*, aut per delationem hęreditatis no-
bis nihil acquiritur, quod iuris sit; sed dū-
taxat potestas nobis fit accipiendi, & ade-
43 undi hęreditatem: per cessionem † legati
ius nobis quęri probatur, quià hac ratio-
ne legatarius post diem legati cedentem;
legatum non agnitum ad hæredes suos
transmittit *l. 5. in princ. ff. quando dies leg.
ced.* Hac ratione fit, vt si dies legati cesse-
rit, dum quis seruus est, licet antèquam
sit agnitum manumissus sit seruus, lega-
tum tamen manet apud Dominum, idest
agnoscendi legati potestas, *l. 5. §. fin. ff.
quando dies leg. ced.* Hac ratione etiam fit,
vt Dominus absquè serui voluntate lega-
tum, cuius dies cessit, possit, vel accepta-
re, vel repudiare *l. legatum 7. ff. de leg. 1.*
44 E contrà †, quia hęreditatis delatio est fa-
cti; hæreditas non adita non transmitti-
tur: *l. vnica §. in nouissimo C. de cad. toll.*
Potestas adeundi, delata seruo hæredita-
te, semper apud seruum manet, ità vt non
possit acquiri, nisi ipse velit adire, qui
idem potest, & iussum Domini spernere,
& nolle adire *l. 3. C. de hered. instit. l. 1. §.
pretermittere ff. si quis omiss. causa testam.*
Si seruus sit institutus, eique delata sit hæ-
reditas, posteà, vel liber sit effectus antè-
quam adeat, vel ad nouum Dominum sit
translatus, potest sibi adeundo, vel nouo
Domino acquirere *§. alienus quoque instit.
de hared. instit.* Cum itaque cessio legati
sit iuris, & ius transmittat. Si seruo inca-
pacis legatum detur; quià si statim post
factum testamentum testator decederet,
inutiliter dies cederet. (Ius enim nec ipsi,
nec Domino incapaci posset acquiri) il-
lud statim ex regula Catoniana vitiatur.
At si seruus sit institutus, quamuis statim
decederet testator, & ità statim deferen-
da esset hæreditas, non posset tamen de-
latio dici inutilis; nam cum seruus facti sit
capax *l. stipulatio ista 9. hi qui ff. de verb.
obl. §. sed cum factum inst. tit. de stipul. ser-
uor.* & delatio facti sit, nulla erit ratio, cur
in persona serui delatio non possit consi-
stere, sic regula Catoniana, quę lega-
tum vitiat, non vitiabit hęredis institu-
tionem.

Defenditur, & ab obiectis vindicatur decisio Vlpiani in l. 2. ff. de hæred. inst. & ex occasione præcipuè exponuntur l. cum pater §. fin. ff. de leg. 2. l. pen. C. de instit., & substit. & l. Clemens §. 1. ff. de hæred. instit. Cap. IV.

SVMMARIVM.

ANtonius Faber à Triboniano corruptam l. 2. ff. de hęred. instit. existimat. n. 1.

Proponitur casus d. l. 2. n. 2.

Actus conditionalis, deficiente conditione, deficit. n. 3.

Conditionalis institutio, deficiente conditione corruit. n. 4.

Demonstratio ex futuro sumpta vim conditionis habet. n. 5.

Conditionalis non est institutio si vnum, vel plures instituerit Testator ex partibus, quas adscripserit; quamuis nullas posteà adscripserit; & cur. n. 6. & seq.

Qui sub conditione instituit, in defectum conditionis de adimenda hareditate cogitat n. 7.

Datum sub conditione; sub contraria, ademptum

intelligitur, & contrà. n. 8.
Lex partem assignat institutis sine partibus. n. 9.
Explicatur l. cum pater §. fin. ff. de leg 2. n. 10.
Explicatur l. pen. C. de instit. & substit. n. 11.
Referuntur, & resoluuntur obiecta aduersus decisionem d. l. 2. n. 12. & seq.
Falsa demõstratio in testamẽtis nõ vitiat. n. 13.
Ratio adfertur, cur vtilis sit institutio, si testator dixerit heres esto ex partibus, quas adscripsero: inutilis verò, si dixerit, ex partibus, quas adscripsi. n. 14.
Conditiones in præteritum collata actum non suspendunt. n. 15.
Explicatur l. Clemens §. 1. ff. de hered. instit. n. 16. & seq.
Captatoria non est institutio collata in præteritum conditione. n. 17.
Sed ità demum, si in futurum conferatur. n. 18.
Vna ex duabus conditionibus coniunctim appositis deficiente, corruit dispositio. n. 19.
Explicatur l. si ità coita 75. ff. pro socio. n. 20.
Cõditio impossibilis in contractibus vitiat. n. 21.
Non tamen in vltimis voluntatibus. n. 22.
Multa referuntur ad sustinendas institutiones, & vltimas voluntates recepta. n. 23.
Qua ratione valeat institutio, etiam nullis adscriptis partibus, si testator dixerit: Titius heres esto, si partes adscripsero. n. 24.
Quæ sũt in cõditione, nõ sũt in dispositione. n. 25

1 ADeò † Iuris principijs repugnare *l. 2. de hered. instit.* sentit Antonius Faber *de Err. Pragm. Decad. 35. err. 10.* vt eam Triboniani inscitiæ adscribẽdam existimet; neq; Vlpianum, aut Celsum, adeò stultè respondisse sibi persuadere possit, sed legem illam totam à Triboniano corruptam pro certo asserat. Videamus nos, an eius legis sententia possit ex iuris principijs sustineri.

2 Proponuntur † in ea *l.* plures hæredes instituti, fortè his verbis. *Primus, & secundus heredes sunto ex partibus, quas adscripsero.* Indè nullis adscriptis partibus, quæritur, an illi hæredes existere possint? Dicitur, Marcellum existimasse, hæredes, eos non futuros, non magis quam, si ità scripti essent: *primus, & secundus haredes sunto, si eis partes adscripsero*; vel si ità scriptus quis esset heres, *ex quà parte me Titius haredem scripsit, Seius hares esto*; hoc enim casu, si Testator nòn sit à Titio scriptus, nec Seius à Testatore scriptus intelligitur; hanc enim institutionẽ similem esse ei existimauit Marcellus, in qua dicitur, *primus, & secundus heredes sunto ex partibus infrascriptis.* Sed Vlpianus aduersus Marcellum respondet, illã institutionem *ex partibus, quas adscripsero*, ità accipiendam esse; vt sensus Testatoris (nisi de contraria voluntate appareat) ille fuerit, vt instituti heredes sint ex partibus, si modò partes fuerint adscriptę; sin minus, vt ex ęquis partibus hæredes sint, quasi duplex facta sit institutio. Quam sententiam Vlpianus authoritate Celsi inquit, esse munitam, qui quidem institutionem illam, *ex partibus, quas adscripsero*, ab ea distinguebat *quanta ex parte me Titius heredẽ scripsit, Seius heres esto*: hanc enim vnicam, & conditionalem esse, existimabat. Cum Marcellus has institutiones omninò similes crederet. Tandem addit Vlpianus, multum interesse, vtrum quis scribat, *ex his partibus, quas adscripsi, an adscripsero*, vt primo casu nullis adscriptis partibus, nulla sit institutio; quemadmodum ex ipsius Marcelli sententia, nec instituti illi sũt, si mater intestata decesserit, qui ità sunt vocati, *ex his partibus, quibus testamento matris scripti fuissent heredes sunto.*

Ergò in primis, si instituti sint plures hæredes *ex partibus, quas adscripsero*, censet Vlp. etiam nullis adscriptis partibus heredes ex ęquis futuros. Repugna-
3 bat Marcellus ea ratione: quoniam † actus quilibet conditionalis deficiente conditione, & ipse deficit, & inualidatur. *l. pecuniam quam ff. si cert. pet. l. necessariò*
4 *ff. de peric. & comm. rei vend.* Ergò † & ipsa etiam conditionalis institutio conditione deficiente corruit, & pro non facta habenda est, *l. Et expleta 22. iuncta l. praced. ff. de hared. inst. l. si quis ità ff. de cond. instit. l. qui haredi §. fin. ff. de cond. & demonstr. & passim*, sed sic est, quod in casu proposito, si primus, & secundus heredes sint scripti *ex partibus, quas adscripsero*, conditionalis est institutio, & sub ea est conditione, si partes fuerint adscriptę, ergò partibus non adscriptis, & sic deficiente conditione, necesse est institutionem ipsam inualidari. Minorem propo-

ſitionem probabat Marcellus, quod nul-
la eſſet conſtituenda differentia, vtrum
dictum eſſet, *ex partibus, quas adſcrip-
ſero*; an verò, *ſi partes adſcripſero:* nam 8
licet ea verba *quas adſcripſero* demõſtra-
tionem videantur continere, non condi-
5 ditionem: cum † tamen ea demõſtratio ex
futuro ſit ſumpta, vim conditionis habet.
*l. ſtichum 6. ff. de leg. 1. l. nuper 85. §. fin. ff.
de leg. 3.* ergò ſicuti ſi dictum eſſet *primus,
& ſecundus hæredes ſunto, ſi partes eis ad-
ſcripſero*, omnium conſenſu conditiona-
lis eſſet inſtitutio, ità & conditionalis illa
erit dicenda, *primus, & ſecundus hæredes
ſunto ex partibus, quas adſcripſero* Vlp. ve-
rò, vt ab initio dicebamus, veluti dupli-
cem factam eſſe à teſtatore inſtitutionẽ
cenſuit; aliam conditionalem, ſi partes
eſſent adſcriptæ: aliam puram nullis po-
ſteà adſcriptis partibus. Fundamentum
6 † Vlpian. & prius Celſi, cuius authoritate
vtitur Vlp., hoc eſſe potuit meo iudicio.
Si quis ità ſcripſerit hæredes, *primus, &
ſecũdus hæredes ſunto ex partibus, quas ad-
ſcripſero*, is non conditionem adiecit in-
ſtitutioni, ſed partibus; quamuis enim ea
verba, *quas adſcripſero*, cum contineant
demonſtrationem in futurum collatam, 9
vim conditionis habeant, vt dictum eſt,
& perindè ſit, ac ſi dictum eſſet, *ſi adſcri-
pſero.* Tamen hæc conditio non reſpicit
inſtitutionẽ, nec ei eſt adiecta; ſed omni-
nò refertur ad partes, vt oſtendit relati-
uum illud, *quas*, ergò perindè eſt, ac ſi di-
ctũ eſſet: *primus, & ſecundus hæredes ſun-
to ex partibus, ſi partes adſcripſero.* Cum
verò conditio iſta deferenda ſit ad par-
tes, non ad inſtitutionem; conſequens
erit, nullis partibus adſcriptis, & ſic defi-
ciente conditione, nullas quidem partes 10
deberi; non tamen inſtitutionem vitiari,
7 quæ ipſa conditionalis non fuit. Et † ve-
rò is, qui apponit cõditionem inſtitutio-
ni in caſum deficientis conditionis; co-
gitat de hæreditate per inſtitutionem
data adimenda *l. pen. §. fin. ff. de cond. in-
ſtit.* Videamus, an de hęreditate adimen-
da cogitauerit is, qui ità inſtituit hęredes,
ex partibus, quas adſcripſero, vel *ſi adſcri-
pſero*, in caſum, quo partes nullas adſcri-
pſerit. Hoc ſanè affirmari non poteſt ex
verbis iſtis. Dũ enim teſtator dicit, *primus,
& ſecũdus hæredes ſunto ex partibus, ſi par-
tes adſcripſero*, vi ipſa dicit, *primus, & ſecũ-
dus hæredes non ſunto ex partibus, ſi partes
non adſcripſero*. Datum † enim ſub con-
ditione, ſub contraria ademptum intelli-
gitur; & è contrà ſub conditione adem-
ptum, ſub cõtraria datum videtur *d. l. pen.
§. fin. ff. de cond. inſt. l. ſi legatũ ff. de adim.
leg.* At verò, qui vult in caſum deficien-
tis conditionis, ſi ſcilicet partes non ad-
ſcripſerit, hæredes primum, & ſecundum
non eſſe ex partibus; non vult ſimpliciter
illos non eſſe hęredes; ſed non eſſe ex
partibus, ergò, cum eis hæreditas non ſit
adempta, omninò hæredes erunt, ſed ſi-
nè partibus, quià nullas eis partes aſſigna-
uit teſtator. Animaduertendum enim
eſt eum, qui primum, & ſecundum inſti-
tuit ex partibus, *ſi adſcripſerit*, non ſim-
pliciter velle, eos eſſe hęredes ex parti-
bus; ſed ità demum ex partibus, ſi partes
ſint adſcriptę. Qui conditionem adijcit
partibus, non adijcit inſtitutioni; ergo in-
ſtitutio eſt pura, partium aſſignatio eſt
conditionalis, deficiẽte aſſignatione par-
tium nõ deficit inſtitutio, quę pura eſt, &
quæ ſinè partium aſſignatione conſiſtit;
cum † nullis à teſtatore partibus aſſigna-
tis à lege hęredes partes accipiant, *l. quo-
ties §. hęredes. ff. de hæred. inſtit. §. ſi plu-
res cum §§. ſequentibus inſt. tit. eodem.* Er-
gò is, qui ità inſtituit hęredes, *primus, &
ſecundus hæredes ſunto ex partibus, quas
adſcripſero* purè quidẽ hęredes inſtituit;
ſed reſeruat ſibi facultatem, certas partes
eis aſſignandi, ſi libuerit; & recedẽdi à le-
gis aſſignatione; poteſt verò pœnitere, &
nullas ipſe partes adſcribere, dum recede-
re ab illa legis aſſignatione nõ vult: ergò
hoc caſu pura manebit inſtitutio. Sicuti †
contingit *in l. cum pater §. fin. ff. de leg.
2.* Quidam in teſtamento vicos reliquit
ciuitati, qui certos fines habebant; di-
xit tamen, ſe eorum vicorum fines ſigni-
ficaturum in Codicillis. Is voluit ſine du-
bio ſibi reſeruare facultatem reſtringen-
di, & ampliandi fines vicorum, & voluit
poſſe recedere à finibus illis certis; nõ ta-
men eo animo fuit, vt vellet omninò ab
illis certis recedere, aliòquin tunc fines
alios declaraſſet, & nõ in futurũ declara-
re diſtuliſſet; quià declarationẽ illã diffe-

rendo, cũ potuerit temporis cursu volun-
tatem mutare, saltem videretur delibera-
tionem suspendere voluisse. Ergò, cum
vicos reliquerit, declarationem in futu-
rum distulerit, & futurorum incertus sit
euentus (possunt enim esse, & non esse)
vi ipsa declarationi inest conditio, si sci-
licet fuerint fines declarati. Si ergò po-
steà Testator mortè præuentus declara-
re fines non potuerit. Vici tamen debe-
bũtur secundum certos suos fines. Ratio
hæc est certissima, quià vici purè sunt da-
ti; reseruauit quidem sibi Testator facul-
tatem alios fines declarandi, ideòque de-
clarationi inesse conditionem oportuit.
Si conditio deficiat, deficit ipsa reserua-
tio, ipsa declaratio; legatum vicorum non
deficit, quià conditio ista non inest lega-
to, sed declarationi, qua deficiente pu-
11 rum legatum manet. Eadem † ratione re-
ctè (quicquid dicat Anton. Faber) autho-
ritate Papiniani in *d. l. cum Pater, §. fin.
ff. de leg. 2.* vtitur Iustinianus *in l. pen. C.
de inst. & subst.* dum respondet vno, vel
pluribus institutis ità. *ille hæres esto secun-
dum conditiones infrascriptas:* nullis po-
steà adscriptis conditionibus, institutio-
nem puram intelligi. Nam hoc casu non
est conditionalis institutio; sed, si quæ
conditio est, ea est adiecta conditionum
appositioni. Sensus enim eius institutio-
nis ille est; *primus hæres esto secundum con-
ditiones, si conditiones infrà scripsero.* Nul-
lis adscriptis conditionibus, purè primus
institutus reperitur; quià conditio non
erat institutioni; sed conditionibus adie-
cta. Benè ergò aduersus Marcellum ex
Celsi authoritate concludit Vlpianus in
d. l. 2. ff. de hæred. instit. nullis partibus
adscriptis, ex æquis illos hęredes futuros,
qui idem eadem ratione in *l. si quis ità
36. ff. eod. tit. de hęred. instit.* respondet,
hęrede ità in testamento scripto, *ex quà
parte Titium in Codicillis hæredem scrip-
sero hęres esto,* nullis in codicillis adscri-
ptis partibus, institutionem puram esse,
nempè quià in assignatione partis inest
conditio, si pars fuerit adscripta, quà defi-
ciente pars quidem data intelligi nõ po-
test; sed qui purè institutus est, partem à
lege accipit. Quam rationem Primus in-
tellexit Castrẽsis, qui summa ratione ince-
ptam aliorum Doctorum interpretatio-
nem reprehẽdit in *d. l. 2. ff. de hæred. inst.*

Difficultas tamen omnis in eo est, vt re-
soluantur ea, quę aduersus huius legis
decisionem obijci possunt.

12 Primò † itàque Anton. Faber *Decad.
35. de Err. Pragm. err. 10.* aduersus præ-
dictam decisionem obijcit, multo facilius
dicendum esse, valere institutionem con-
cepta partiũ demõstratione in prӕteritũ,
veluti si dictũ sit, *ex qua parte me Titius hę-
redem scripsit, Seius hęres esto:* vel *Titius
hæres esto ex partibus, quas adscripsi:* quià
enũciatio in futurũ collata vim habet cõ-
ditionis, vt dictum est, ideò defecta con-
ditione, deberet deficere institutio. At
hęc verba, *ex partibus, quas adscripsi,* vel
quà ex parte me Titius scripsit, non con-
tinent nisi falsam demonstrationem, quæ
13 in† testamentis non vitiat *l. demonstratio
17. ff. de cond. & dem.* ergò quamuis ap-
pareat, testatorem nullas partes adscri-
psisse, debebuntur partes, quæ à lege so-
lẽt assignari. Obiectio duas habet partes,
ex prima probatur, ea verba; *ex partibus,
quas adscripsero;* conditionem continere,
qua defecta oportet, & deficere institu-
tionem. Ex secunda verò demonstratur
concepta demõstratione partium in prę-
teritum, dicendum esse, valere institutio-
nem; cum superflua habenda sit, & pro
non adiecta talis illa demonstratio. Quã-
tum pertinet ad primam partem obie-
ctionis, ea est sublata ex hactenus dictis.
Ostendimus enim, hanc cõditionem par-
tibus adiectam, non institutioni, non pos-
se institutionem vitiare. Ad secundum
necessaria est responsio; nam disertè in
hac *l.* secũda tradit Vlp. eas institutiones
non valere, si dictum fuerit. *ex qua parte
me Titius scripsit, Seius hæres esto;* vel *Ti-
tius hæres esto ex partibus, quas adscripsi.*
Si primo casu me ex nulla parte hęredem
scriptum Titius habuerit, & nullas ego
secũdo casu partes anteà scripsissem. Cur
vtilis est institutio concepta demonstra-
tione partium in futurum? quamuis ea
non contineat conditionem respectu in-
stitutionis, sed tantum respectu partium,
vt explicauimus. Inualida autem est de-
monstratione partium in præteritũ col-
lata? Videtur ea ratione, qua deficiente in
futu-

futurum collata demonstratione, & nullis partibus assignatis, succedunt partes legales, eadem falsa existente demonstratione in præteritum collata, quod nullæ anteà fuerint assignatę partes, succedere similiter debere partes legales, vt hæredes instituti ex illis hęredes existant.

14 Respondeo, †multum interesse, vtrum quis partium demonstrationem concipiat in futurum, an in prçteritum. Primo casu interim purè instituit, reseruat autē sibi ex ea adiectione facultatem recedendi à partibus, quæ a lege dantur his, qui sine partibus sunt instituti. At verò, qui demonstrationem concipit in præteritum, partes alias dare, quam quæ à lege dantur, non sibi reseruat; sed statim recedit à partibus legalibus; & eas dat, quæ nullę sunt: ergò necesse est, vt institutio etiam nulla sit. Sicuti contingit in simili in *l. item quod Sabinus §. sed si asse ff. de hered. inst.* vbi, si distributo inter scriptos hęredes asse, alius posteà hęres scribatur sine parte fit transitus ad secundum assem; at si asse expleto alium testator nominatim, *ex parte reliqua*, instituerit, cum nulla pars superfit, inutilis erit institutio: quià scilicet huic illa pars est data, quæ nulla est, vt in simili dicitur *in l. ex facto 19. ff. de hered. instit.* Demonstratio partium in prçteritum concepta, non differt partium assignationem, nam ea non po-
15 test actum suspendere, sicuti† dicitur de conditionibus in prçteritum collatis, *§. conditiones inst. tit. de verb. obl.* ergò statim certum est, vel partes esse assignatas, vel non, ergò statim apparet, vel partes esse datas, vel non. Si enim nullę anteà scriptę fuerint partes, nullas nunc datas constat. Vel dicenda esset inutilis dispositio testatoris, qui partes dat, quas adscripsit (quod tamen non est dicendum, cum omninò testatoris voluntas sit in testamentis attendenda *§. disponat auth. de nuptijs*) Vel si vtilis est, cum pura sit, & præsens ea dispositio, non possumus dicere simul voluisse testatorem dare hæredi partes, quas adscripsit (etiam si nullas adscripserit) & idem reseruare partes legales, pugnaret enim secum voluntas, & simul vellet contraria, nempè hęredem & nullas partes habere, & habere legales. At hęc pugna cessat collata in futurum demonstratione, cum enim hoc casu partes testator non det, sed dandi sibi facultatem reseruet, duplex rectè consideratur institutio, pura altera facta sine partibus, altera quò ad partes, quas vult posse adscribere, conditionalis. In summà, qui in futurum concipit demonstrationem partium, vult posse recedere ab assignatione partium legali, qui si nullas partes assignet, & posteà non recedat, relinquit in suo robore legis assignationem. At qui in prçteritum demonstrationem confert, voluntatem suam non suspendit; sed statim disponit, & statim recedit à partibus, quas lex ipsa dat, & illas dando, quas adscripsit, cum nullas adscripserit, nullas statim dat, ideò inutilem facit institutionem.

16 Secundo loco † obstare videtur textus *in l. Clemens §. 1. ff. de hared. instit.* vbi si ità quis Sempronium instituerit, *qua ex parte, me à Titio institutum, recitassem, ex ea parte Sempronius mihi hæres esto.* Si nullum posteà à Testatore recitatum sit testamentum, inanis est institutio; ergò quamuis in futurum concepta sit partis demonstratio, si tamen nulla pars data fuerit, non eam partem consequitur institutus, quam lex dare solet, sed institutio inutilis redditur.

Respondeo, duplicem esse posse sensum institutionis, quæ *in dicto* §. 1. proponitur. Primus esse potest, vt intelligatur demõstratio illa partis in præteritum concepta, ità scil., vt & antè testamentum fuerit testator à Titio institutus, & antè testamentum ipse testator se institutum recitasset. Et hoc sensu, si institutum se non recitasset, quià nulla pars esset data Sempronio, necesse esset, nullam, & inanem esse institutionem, vt suprà explicauimus.

Alium etiam sensum, & intellectum recipiunt ea verba, nempè, vt testator intellexerit de ea parte, ex qua ante testamentum, à Titio scriptus hæres esset, adhoc, ne captatoria dici posset insti-
17 tutio, quę † in prçteritum collata institutionis conditione, captatoria non est *l. illa autem 71. ff. de hared. instit.*

18 Cum

18 Cum † tamen in futurum concepta, captatoria esset; quamuis alia persona institueretur, alterius captaretur hereditas, *dicta l. illę 71. ff. de hered. instit.* Itaque, ne captatoria sit institutio, pro vt captatoriam non esse, supponitur *in d.§.1.* imò omnem captatoriæ institutionis remotam esse suspicionem, ibidem dicitur: oportet, eam conditionem, vel demonstrationem partis intelligere in pręteritum conceptam, vt sensus sit: *qua ex parte me à Titio antè hoc testamentum institutum &c.* Sed recitationem testamenti possumus intelligere conceptam in futurum, vt sensus sit, *qua ex parte, me nunc à Titio institutum, recitauero, Sempronius hęres esto*. Et ità l. illam, eumque §. interpretatur Cuiacius ad Paulum, qui quidem intellectus magis obstare videtur aduersus decisionem *d.l.2. ff. de hered. instit.* quoniam hoc casu, cum demõstratio in futurum conferatur, potest videri testator sibi reseruasse facultatem recitãdi, & non recitandi; & sic recedendi, vel non recedendi à partibus legis. Verumtamen respondeo. Vel ponimus, Titium nulla ex parte testatorem scriptum habuisse; & hoc casu, cum nulla sit pars, quæ data est Sempronio, inanis est institutio; Nec quid refert recitationem collatam in futurum; nam non ideò reseruauit sibi facultatem recitandi, vel non recitãdi; sed statim ab initio certum fuit, testatorem posteà nõ se recitaturum hęredem ex testamento Titij; cum à Titio scriptus non esset, & sic ab initio corruit

19 vtraque conditio: non solum quia † si ex duabus conditionibus coniunctim appositis vna deficiat, dispositio corruit *§. si plures instit. tit. de hęred. instit.* Verum, quia recitatio pendet ex eo, quod testator scriptus sit tempore testamenti, vel non; si tempore testamenti non sit scriptus: iam impossibile est, vt testator, se à Titio antè testamentum scriptum hęredem recitet. Ergò statim certum est, nullam partem à Titio datam testatori, & sic nullam etiam partem à Testatore Sẽpronio. Si verò ponamus, aliqua certa ex parte institutum testatorem, iam ab initio constat, quæ pars data sit Sempronio instituto; nempè non est data, quæ à lege assignatur, sed illa ipsa data est, quam testator accepit, vel (vt melius loquar) ex qua testator à Titio scriptus est: sed hęc ipsa data est sub conditione, si testator recitauerit, se ex testamento Titij scriptum hęredem. Si ergò hęc conditio deficiat, apposita illi institutioni certæ partis, necesse erit, & institutionem ipsam deficere.

20 Tertia † obiectio desumi potest *ex l. si ità coita 75. ff. pro Socio*. Vbi si ità coita sit societas secundum partes, quas Titius arbitratus fuerit; si Titius antequam arbitraretur, decesserit: nihil agi dicitur; nec initam societatem esse. Ratio redditur, quià id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam vt Titius arbitratus sit. Videbatur potius dicendum iuxtà decisionem nostrę legis secundæ, purè societatem initam; partibus adiectam conditionem illam, si Titius arbitraretur, qua deficiente possunt quidem partes corruere; sed manebit pura societas, & ex ęquis partibus: cum partibus nullis in societate expressis, lex ęquales constituat *l. si nõ fuerint 29. ff. pro Socio*.

At, cum ex eo, quod conditio adiecta partibus societatis deficiat, corruat etiam, & nulla contracta societas videatur; similiter dicendum est, & institutionem corruere, si partibus institutionis adiecta conditio deficiat.

Respondeo eos, qui volunt Titium arbitrari partes, sine dubio nolle æquales constituere; sed se remittere arbitrio Titij, vt scilicet ipse arbitretur, quas partes ęquum sit, secundum eorum industriam, qui societatem coire intendunt, constitui. Neque dici potest Titio non arbitrãte intelligendum, æquales constitutas. Nam id, & voluntati repugnare posset contrahentium, quorum vnus longè alium industria superaret; & cui forte, & alius maiorem quamdam partem tribui consentiret. Et à lege partes dari æquales, esset iniquum; cum ex industria, & opera contrahentium partium distributio sit consideranda. Ergò necesse erit, societatem potius corruere. In testatore non ità est; dum ipse hæredem instituit conditione adiecta partibus; ostendit, puram se facere institutionem; aliòqui non par-

non partibus, sed institutioni conditio-
nem adijceret; si igitur conditio partibus
adiecta deficiat, non deficit institutio, vt
suprà expoluimus; & cum institutio ma-
neat ex testatoris voluntate, lex ipsa par-
tes dat; nec in dando eas partes adest im-
pedimentum, quod considerauimus su-
prà in dando partes his, qui societatem
in re volterunt; nam illæ sunt ęstiman-
dę ex opera, & industria contrahentium;
vt lex eas non possit statuere. In dandis
verò partibus hæredi lex nihil aliud in-
spicere debet, nisi an sit institutus; si enim
testator sinè partibus hæredem institue-
rit, nullasque ei certas partes assignaue-
rit, intelligitur, velle eas hæredem ha-
bere, quæ à lege dari solent, nec partes
aliunde, quam ex institutione sunt æsti-
mandæ: qua posita, si partes à testatore
non sint expressę, lex ipsa eas assignat.

Hæc verò interpretatio facilius ab Vlp.
recepta, quod vltimæ voluntates sint ma-
ximè fauorabiles, & adiuuandæ, vt ma-
21 gis valeant, quàm pereant. Hinc † est,
licèt in contractibus impossibilis adiecta
conditio vitiet, *l. non solum ff. de act. & oblig. §. impossibilis instit. tit. de inutilib. stipulationibus l. impossibilis 7. ff. de Verb.*
22 *oblig.* Non tamen impossibilem conditio-
nem vitiare vltimas voluntates, & testa-
menta *§. impossibiles de hæred. inst. l. p. l. conditiones contrà l. si quis ità instituius ff. de cond. instit. l. obtinuit ff. de cond. & demonst.*
Eo colore à Iurisprudentibus sumpto,
quasi per errorem impossibilis illa condi-
tio testatori exciderit *l. prima ff. de cond.*
23 *instit.* Sic † authoritate Galli Aquilij fa-
ctum dicitur, vt si institutus sit hæres quis
excepto fundo, vel vsufructu: hæc fun-
di, vel vsusfructus adiectio, prò nulla ha-
beatur, & ità institutus hæres habeatur,
quasi ea exceptio addita non esset *l. si ità quis hęres ff. de hæred. inst.* cum enim hæ-
reditas Iuris sit, non rectè ex ea detrahi-
hitur corpus certum, & certa res *l. cogi §. indè quæritur ff. ad Trebell.* aliòqui, &
institutio in certa re facta intelligenda
esset, quià exceptio debet esse de regula
ex vulgatis, quod quià vitium esset, ideò
exceptio illa prò non adiecta habetur.
Hac ratione fit generaliter, vt instituto
hærede vno, vel pluribus ex certa re, rei
certæ mentione detracta hæredes fiant,
qui sunt instituti *l. 1. §. si ex fundo l. si alterius 10. cum l. seq. ff. de hæred. instit. l. cohæredi 41. §. fin. de vul. & pupill. subst.* Hinc
est, licet hæreditas ex die, vel ad diē non
rectè detur; tamen si fortè testator ex die,
vel ad diem hęredem instituerit, valere
institutionem, vitio temporis sublato *l. hæreditas ff. de hęred. instit.* Fauore etiam
vltimarum voluntatum illud factum est,
vt si quis dedisset seruo libertatem sub ea
conditione, *si liber erit*, hęc verba prò
non adiectis haberentur *l. talem in princ. ff. de hęred. instit.* quià aliòqui vitiari in-
stitutionem, necessè esset, cum prius li-
ber esse non posset, quam hæres fieret.
Seruus enim hęres institutus à se ipso li-
bertatem accipit *l. 6. §. fin ff. de hęred. instit.* Non posset autem hęres fieri, nisi
prius impleta conditione, idest *si fieret liber*, ergò & libertas, & institutio vitia-
rentur. Simile, & illud est, si testator di-
xerit, *Stichus liber esto, & posteà quam liber erit, hæres esto*, detracto verbo, *posteà* ser-
uum eodem momento, & hęredem, & li-
berum fieri *l. quoties 9. §. si quis ità ff. de hęred. instit.*

Quartò omnium difficillima est obie-
ctio, quę desumi potest ex *d. l. secunda ff de hæred. inst.* quā explicamus. Marcel-
lus enim existimabat, institutos ita *ex partibus, quas adscripsero*, hęredes esse non
posse, non magis, quam si ità scripti es-
sent, *si partes eis adscripsero* At Vlp.
vtramque institutionem valere asserit;
quamuis nullę partes postea fuerint ad-
scriptæ, ergò existimat Vlp. valere insti-
tutionem, si ità forte dixerit testator, *primus, & secundus hæredes sunto si eis partes adscripsero*. Sed hoc casu conditio non
potest intelligi adiecta partibus, prout
quandò testator dixit, *ex partibus, quas adscripsero*, vt suprà exposuimus; sed
omninò adiecta est institutioni, ergò ne-
cesse est, institutionem ipsam deficiente
conditione, & nullis posteà adscriptis
partibus vitiari. Et hoc est sanè, quod
nec Faber, nec alij potuerunt intelligere.
24 Verum † ego respondeo, eum casum
tractare Marcellum, & eum ipsū ab Vlp.
assumi, in quo testator voluerit hæredes
institutos ex partibus, hæredes fore, si

partes

partes posteà essent adscriptę: id enim expressè vult testator, qui dicit *ex partibus, quas adscripsero*: ergò & cum Marcellus his verbis æquiparet illa, *si partes eis adscripsero*, retinet idem thema, & supponit, & hoc casu his verbis vltimis adscriptis velle testatorem, hæredes esse ex partibus, si partes adscripserit. Ergò necesse est, vel supponere Marcellum, & hoc casu testatorem dixisse, *ex partibus, si partes adscripsero*, vel saltē necessè est, illum subintelligere verbū illud, *ex partibus*. Alioqui si illud nō subintelligeretur hęredes scripti, & partibus posteà adscriptis hæredes quidem essent, sed ex æquis, non ex illis partibus, quę à testatore datæ essent: illa enim verba, *si partes adscripsero*, conditionem importarent, & efficerent institutionē non valere, nisi partibus adscriptis; at partibus adscriptis, sequeretur purificata conditione, institutos hæredes esse, sed ex ęquis partibus hæredes esse, quià quandò sunt instituti, sine partibus instituti sunt; & ea verba, *si partes adscripsero*, non important partium assignationem; cum non dispositionem,
25 sed conditionem contineant, quę † autem in conditione sunt, nō sunt in dispositione *l. si quis sub conditione 8. ff. si quis omiss. causa testamenti*. Quod si testator vellet, quomodocumque ea verba, & conditionem importare, & simul dispositionē, idest partium assignationem, earum scil. quę posteà scriberentur; adhuc idem esset; & hæc institutio idē contineret, quod superior, *ex partibus, quas adscripsero*; & perindè esset, ac si dixisset testator, *ex partibus, si partes eis adscripsero*. Quod si iste erit testatoris sensus, sicut probauimus, conditionem in illis verbis, *ex partibus, quas adscripsero*, ad partes referri; nec facere institutionem conditionalem, ità idem omninò dicendum erit de illis verbis, *ex partibus, si partes eis adscripsero*, vel expressis, vel quomodòcumque subintellectis; eadē enim omninò vbiquè voluntas, eadem est dispositio, & iisdem etiam verbis: nam, & nos concedimus, nihil interesse, dictum sit, *ex partibus, quas adscripsero*, an verò, *si adscripsero*.

Et ex his dilucidè exposita est l. 2.

Superest duntaxat, vt moneamus (quod tamen quisque facillimè posset intelligere) in vltima institutione, quam, & nullam Marcellus existimabat, cuius authoritate vtitur Vlp. *ex his partibus, ex quibus testamento matris scripti fuissent, hęredes sunto*; demonstrationem partiū, in pręteritum conceptam intelligendam, vt scilicet hæredes essent instituti ex illis partibus, ex quibus antè illam institutionem à Matre scripti fuissent, quò casu intestata Matre decedente, illi non sunt instituti. Qui quidem intellectus necessarius est; nam Vlpian. vtitur eo exemplo, & Marcelli ipsius authoritate, & sententia, vt probet multum interesse, dictum sit *ex partibus, quas adscripsi*, an *adscripsero*; vt hoc casu nullis adscriptis partibus, ex ęquis hæredes sint instituti, vt anteà docuerat. At verò superiori casu nullis partibus adscriptis nulla sit institutio, quomodo etiam Marcellus sentiebat in illo casu, si testator dixisset, *ex his partibus, ex quibus testamento matris scripti fuissent, hęredes sunto*, si intestata Mater decessisset, illos non esse institutos.

Ergò oportet, & in casu Marcelli demonstrationem partium in præteritum collatam, alioqui si in futurum, non rectè suam sententiā ex Marcello Vlpian. probaret, imò potius destrueret, cum ipse in futurum collatam partium demōstrationem; etiam si nullę posteà partes adscriptæ fuerint, institutionem non vitiare, aduersus Marcellum defendat.

Ad legem Posthumus 12. ff. de iniusto rupto. Cap. V.

SVMMARIVM.

Testamentum ab initio iniustum ex pretertitione filij non conualescit, quamuis filius adhuc viuente patre decedat. num. 1.

Secus est posthumo pręterito, qui posteà viuo testatore decesserit. num. 2.

Proponitur difficultas ex vers. idem & circa ddposthumus. num. 3.

Refertur, & reijcitur ad eum versic. Accursij inter-

sij interpretatio. num. 4.
Refertur, & reijcitur interpretatio Bartoli, & Doctorum n. 5.
Refertur, & reijcitur expositio Alciati n. 6.
Refertur, & reijcitur Antonij Fab. interpret. n. 7.
Traditur intellectus dicti versic. idem & circa n. 8. *& seq.*
Bonorum possessio, vt peti possit, quid Pretor exigat n. 9.
Bonorum possessionem secundum tabulas Pretor induxit adiuuandi iuris Ciu. causa. n. 10.
Bonorum Possessio sine re est; quando alius Iure Ciuili hæreditatem potest euincere. n. 11.
Quomodo id intelligendum. n. 12.
Testamentum, & si iure ciuili inualidum, consistit de Iure Pratorio, donec ab his hæreditas euincatur, qui veniunt de iure Ciu.; Explicatur l. penult. §. 1. ff. de bonor. possess. secundum tab num 13 *& rursus n.* 24.
Qui de inofficioso testamento agere potest, si ex iudicio testatoris aliquid capiat, querelam amplius intentare non potest. n 14.
Bonorũ possessionẽ cõtrà tabulas, qui petere posset, si accipiat secundũ tab. pro hærede habetur, ex testamento legata præstat, & ad bonor. possessionẽ contrà tab. redire non potest. n. 15.
Tolluntur obiectiones Antonij Fabri. n. 16.
Explicatur textus in l. 1. § penult. ff. si tabulæ testamenti nullæ extabunt. n. 17.
Bonorum possessio secundum tabulas non datur ei, qui non est scriptus. n. 18.
Bonorum possessio contrà tab. non datur exhæredato. n. 19.
Bonorum possessio secundum tab. ex tabulis incisis, & deletis non datur. n. 20.
Cur in d. versic., idem & circa, in casu irriti testamenti requiratur, bonorum possessionem datam ei, qui ab intestato succederet. n. 21.
Rationes assignantur. n. 22.
Quod ad vnum finem inductum est, non debet contrarium operari. n. 23.

1 QVod legimus *in l. posthumus ff. de iniusto rupt.* posthumo præterito, posteà nato, & viuente adhuc testatore mortuo, hæredem scriptum admitti ad bonorum possessionem secundum tab., si modò testamentum fuerit signatum: ex qua in effectu consequitur rem, & bona, quæ ipsius testatoris, cum moreretur, fuerunt; nullam habet difficultatem; quamuis enim iuris subtilitate inspecta testamentum ruptum esset, nec posset posteà conualescere ex eo, quod posthumus decessisset: sicuti † nec conualescit testamentum ab initio iniustum ex filij præteritione, quamuis adhuc viuo patre filius decedat *l. si filius 7 ff. de lib. & posth.* qua ratione videbatur dicendum bonor. possessionem secundum tab., quę à Prętore dari solet etiam pręterito filio, esse sine re, cum, testamento nullo existente, de iure ciuili possent venientes ab intestato hęreditatem euincere *Vlp. in fragm. tit. de possess. dand. in fine*. Tamen † placuit Hadriano hoc casu bonorum illam possessionem esse cum re, ità vt venientes ab intestatò de Iure Ciuili hæreditatem euincere non possint. 2

3 Negotium † sanè maximum faciunt in eo contextu verba illa; *Idem, & circà iniustum, & irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit*: cum enim suprà dictum esset eo casu, quo posthumus pręteritus viuo testatore, & natus, & mortuus esset; hæredem scriptum ex bonorum possessione secundum tab. rem consequi, ideòque, & legatarios, & fideicommissarios habere, quę sibi relicta fuerunt; Dum subijcitur, idem dicendum, si iniustum, & irritum testamentum fuerit; si possessio accepta sit ab eo, qui ab intestato esset successurus; satis etiam demonstratur, & hoc casu testamentum conualescere, & legata à scriptis, & fideicommissa deberi, & cum effectu peti posse; quod tamen mirum valdè videri potest, & contrà iuris principia. Nam quamuis filius præteritus, viuo etiam testatore, mortuus esset, non tamen testamentum posset reconualescere, vt diximus paulò antè ex *d. l. si filius 7 ff. de liber. & posth.*

4 Accursius † ità ea verba interpretatur, vt locum habeat decisio, filio pręterito Patri superuiuente, argumento *l. filio 17. ff. de iniust. rupto.* Communiter refellitur Accursij intellectus à Doctoribus nostris, & quò i verba pręcedẽtia eũ casum proposuissent, quo pręteritus posthumus, viuo testatore decessisset, vt idem etiam thema videatur retinendum in sequentibus. Et quia *in d. l. filio* seruatur voluntas

testatoris ex bono, & æquo, sed ab intestato, vt benè concludit Antonius Faber, *lib. 9. Coniect. cap.* 14. non ex testamento, At in nostro casu, ex testamento voluntas testatoris seruatur, quoniam ad hoc, vt ea voluntas substineatur, exigitur bonorum possessionem à scriptis hæredibus agnitam esse. Et alijs etiam rationibus, quæ apud Doctores videri possunt.

5 Bartolus † & communiter cęteri Doctores existimant, ità ea verba intelligenda, vt quamuis iniustum fuerit ab initio testamentum præterito filio, qui erat in potestate; tamen si idem filius viuo Patre decesserit, testamentum reconualescat de Iure Prætorio; ità vt & legata, & fideicommissa ex eo testamĕto efficaciter peti possint. Bartolum, & DD. refellit Alciatus ab Antonio Fabro relatus *Coniect. l. 9. c. 16. in princ.* & ipse idem Faber ibidem latissimè. Et profectò non iniuria. Nam si non potuit testamentum, quod ab initio fuit validū, sed posteà Posthumi agnatione ruptum, reconualescere, etiam si idem posthumus viuo testatore decesserit, & quidem nec de iure Pretorio; sed opus fuit constitutione Hadriani; multò minus conualescere poterit illud, quod ab initio nullū, & iniustū fuit, nulla extante Imperat. constitutione, quæ vires ei testamento tribuat. Nec verò aliquid hac in re posset operari, quod illi essent instituti, qui ab intestatò rem essent habituri; Nam fauor quidem eorum potest efficere, vt testamentum perfectum tollatur ex imperfecto, in quo sunt vocati venientes ab intestatò, ad hoc, vt ipsi ab intestatò succedant *l. 2. ff. de iniusto rupto l. hac consultissima §. si quis autem C. de test.* cæterum nullibi constitutum est, testamentum imperfectum, & aliòquin inualidum fauore venientium ab intestatò, tanquam testamentum substineri, vt illi non ab intestato, sed ex testamento admittantur; & verò ea cōstitutio omninò esset inutilis, cum satis illis sit, si ab intestatò admittantur. Præcipuè autem inutile, imò & damnosum esset, in casu nostro, scriptis hæredibus, qui iidem ab intestatò essent successuri, si efficeretur, validum esse testamentum, non obstante filij præteritione. Nam ex eo legatis, & fideicommissis adstringerentur, quæ omninò pręstare eos oporteret; quamuis repudiata bonorum possessione, ab intestatò hæreditatem de Iure Ciuili possiderent, nempe ex edicto Pretoris, de quo *in ff. tit. si quis omissa causa testamenti*, & sic eorum fauor in eorumdem, & odium, & damnum verteretur, quod esset absurdum *l. quod fauore C. de legib.*

6 Alium † subijcit intellectum Alciatus, vt ea verba intelligamus de testamento iniusto, respectu solemnitatum, quod quidem fauore ab intestatò venientium valeat; qui ab Antonio Fabro *d. lib. 9. coniect. cap.* 16. benè reprobatur; reprobari etiam posset eadem ratione, qua aduersus Bartolum, & Doctores vsi fuimus.

7 Tandem † ipse Antonius Faber *d. cap. 16. dictum vers. idem, & circà iniustum* ità explicat, non vt sicuti superiori casu ex constitutione Hadriani testamentum valet, & ex testamento substineatur voluntas defuncti, ità, & idem dicendum circà iniustum, & irritum testamentum; si instituti sint venientes ab intestato, vt scilicet, & hoc casu testamentum valeat, & & ex eo cum re bonorum possessio accipiatur; sed vt ille versiculus referatur ad proximum pręcedentem, in quo dictum fuerat, legatarios, & fideicommissarios consequi sibi à testatore relicta. Et in eo fiat comparatio, vt sicuti in casu Hadriani, legatarij, & fideicommissarij sibi relicta obtinent, ità & obtineant, si iniustum fuerit testamentum, vel irritum; dummodò scripti sint hęredes ab intestatò venientes; cęterum nō in eo etiam fit comparatio, vt sicuti illi in casu Hadriani legata, & fideicōmissa ex testamento cōsequūtur, ita & isti Imò isti in casu iniusti, vel irriti testamenti ab intestatò ea obtinent; sicuti & in casu *l. filia 17. ff. eod. tit. de iniusto rupto.* Nec quid facit (inquit Faber) quod videtur, requiri bonorū possessionem adgnitam esse. Nam respondet, id dictum ex occasione, vt magis hic casus responderet superiori, cęterùm bonorum possessionem accipere, non est necessarium, cum imò si acciperetur esset superfluum, nam ea verteretur in successionem intestati *l. 1. §. penult. & vlt. ff. si tabulę testamenti nullę extabunt.*

Mihi

Mihi Fabri interpretatio nõ displiceret, nisi textum ipsum violaret. Verùm, cum ibi, ea conditione idem dicendum tradatur circa iniustum, & irritum testamentum, *si bonorum poss. sio sit data*. Quo casu ex testamento sine dubio voluntas sustinetur, non video quomodò dici possit ab intestatò, legata, & fideicommissa prçstanda, vt conditio à Iuris Cõsulto requisita, prò inutili, & non adiecta habẽda sit.

8 Ego † in re adeò difficili potius verbis textus hçreo, cuius sensũ, hunc esse existimo. Sicuti posthumo prçterito, eo nato, & viuo testatore mortuo, bonorum possessio secundum tabulas cum re datur scripto hæredi, ità vt & legata, & fideicommissa ab eo debeantur, ità idem dicendum est, si testamentum ab initio fuerit iniustũ; quià filius in potestate existẽs fuerit præteritus, dummodò simili modo viuo testatore decesserit; & idem etiam dicendum, si testamentum irritum factũ fuerit, capite minuto ipso testatore, dummodò posteà, & ciuis, & sui Iuris decesserit; cum hac tamen conditione, si hæredes instituti fuerint venientes ab intestato, qui ijdem bonorum possessionem secundum tab. acceperint; nam & his casibus bonorum ista possessio rem dabit, & erit cum effectũ; & legata, & fideicommissa præstabuntur.

9 Hoc verò, ità procedit. Prætor † pollicetur bonorum possessionem se daturũ scripto hæredi; dummodò ex his tabulis petat, quæ septem testium signis sint signatæ, & testator tempore testamenti, & mortis, testamenti factionem habuerit. Nihil præterea exigit Prætor *l. 1. § exigit. l. 7. ff. de bonorum possess. secundum t. b. l. 2. Cod. eodem tit.* Ergò quamuis fortè suus sit prçteritus, tamẽ ex edicto Prætoris bonorum possessio danda est, si & adsint tabulç signatç, & testator, & testamenti facti, & mortis tempore, testamenti factionem habuerit; quoniã Prætor, vt daret bonorum possessionem, non expressit necessarium esse, vt filius institutus esset, vel exhæredatus.

10 Planè † quoniam Prætor quasdam bonorum possessiones induxit, non impugnandi, neque emendandi iuris ciuilis gratia, sed magis illud confirmandi, inter quas est bonorum possessio secundũ tabulas *§ 1. instit. tit. de bonor. poss. ff.* Non eo vnquam animo fuit quando bonorũ possessionem secundum tabulas in Edicto fuit pollicitus, & quãdò dedit, vt faceret contrà ius ciuile; (voluit enim ius ciuile adiuuare, non impugnare) & eos admitteret ad hæreditatem, qui de Iure Ciuili non admitterentur, imò ab hçredibus ab intestato repellerentur. Itàque

11 † his casibus, quibus hçres scriptus ad hçreditatem ex testamento non posset admitti, noluit Prætor eumdem tueri, data eidem bonorum possessione secundũ tabulas; sed potiùs ea mens fuit Prçtoris, vt data bonorum possessio, quç iam confirmandi iuris ciuilis gratia data, dici non potest, cum Iure Ciuili scriptus hçres excludatur, alijque ad hçreditatem vocentur, inutilis constituatur, & sine re; quasi numquam data esset. Ergò quamuis filio fãm prçterito à patre, nullũ fit testamentum Iure Ciuili; tamen, si hæres scriptus bonorum possessionem secundum tabulas petat, Prçtor eam concedit, qui nõ inquirit, an filius sit institutus, an prçteritus: sed si quandòque appareat Iure Ciuili, ad hçredes ab intestatò hæreditatẽ pertinere ex mente ipsius Prætoris, qui non intendit, aliquem cõtra ius ciuile admittere, dum eam bonorũ possessionem dat: sed magis admittere eum, qui Iure Ciuili ad hæreditatem vocatur; bonorum possessio data sine re, & inutilis cõstituitur; Et hoc est, quod dicit. Vlp. *in fragm. in tit. de poss. dandis 28. in fine*, bonorum possessionem sine re esse, cum alius Iure Ciuili euincere hçreditatem possit, veluti si suus hæres sit ab intestatò. Quç † tamen definitio Vlp. non indi- 12

stincte, & omninò generaliter est accipiẽda, sed ad eum, & similes casus restringẽdam nam pone. Prçtor dedit bonorum possessionem *vnde liberi* emancipato, eritnè possessio sinè re, quod Iure Ciuili adgnatus admittatur eo excluso? Minimè *inst. tit. de legit. adgn. succ. in princ.* Ratio autem est; quia Prçtor, cum dedit emancipato filio bonorum possessionem *vnde liberi* voluit Ius Ciuile emendare, & eum aduersus Ius Ciuile defendere, & adgnatis prçferre, ergo bonorũ possessio

huic data cum re est, licet si Ius Ciuile attendamus, adgnatus posset hæreditatem euincere. Itaque definitio Vlp. toties vera erit, quoties Prætor, dando bonorum possessionem, noluit Ius Ciuile impugnare: tunc enim, si Iure ciuili alius hæreditatem euincere possit, bonorum possessio data constituitur sine re. Ergò (vt propius accedamus ad rem nostram) etiam suo præterito dat Prætor bonorum possessionem, quę tamen cum testamentum Iure Ciuili non valeat, & consequēter hæredes Iure Ciuili ab intestato venientes sint admittendi, inutilis manet, & sine re, quià scilicet illi de Iure Ciuili possunt hęreditatem euincere, vt inquit Vlp. *dicto tit. 28. in fine*. At verò in casu nostro, quandò scilicet filio præterito sūt instituti venientes ab intestatò, si filius viuo testatore decedat, & hi, qui scripti sūt, qui ijdem ab intestatò succederent, accipiant bonorum possessionem secundum tabulas, contingit, hanc bonorū possessionem esse cum re, quod nulli sint, qui possint hęreditatem Iure Ciuili euincere; nam illi ijdem, qui Iure Ciuili ab intestatò hæredes essent, adgnouerūt bonorum possessionem ex testamento. Animaduertendum
13 † namque est apud Prætorem testamentum signatum, si ea concurrant, quæ ipse requirit, quamuis illud ipsum Iure Ciuili sit nullum, tamen ipso iure valere, donec veniāt, qui Iure Ciuili admittuntur, qui ijdem hęreditatem euincant, vt probatur apertissime *ex l. penult. §. 1. ff. de bonorum poss. ff. sec. tab.* si enim quis testamentum rite fecerit, indè se ad adrogandum dederit, certum est, Iure Ciuili testamentum irritum fieri, nec conualescere; etiam si rursus ille sui iuris efficiatur §. *alio autem modo in d. tit. quibus modis test. infirm.* Et tamen, si sui iuris rursus effectus, qui capite fuerat minutus, decedat, Prætor bonorum possessionem dat scripto hæredi, ex qua ipso iure, etiam rem consequitur, nisi per exceptionem repellatur; redditur ibi ratio, *quià non de iure testamenti disputatur, sed de viribus exceptionis*. Si ipso iure testamentum non valeret, non opus esset, ad exceptionem recurrere; & rursus, si Iure Prætorio irritum fieret testamentum, eodem modo, quo de Iure Ciuili, nuda voluntate testamentum, constitueretur; non autem constituitur nouum, vel de nouo testamentum, quià agitur ex illo iam constituto, quasi valido de Iure Prętorio, quod quidem subsistit, donec ostendat quis, ad se de Iure Ciuili pertinere hęreditatem, & hoc est, quod dicitur *in d. §. 1.* exceptionem ęstimari ex persona eius, qui illam opponit. Videlicet id attendit Prętor, an is, qui exceptionem opponit de Iure Ciuili, euincere hęreditatem possit: si enim talis sit, cum contrà Ius Ciuile venire non velit, eam bonorum possessionem dando secundum tabulas, vt dicebamus; statim ei hęreditatem dimittit; & inutilis sine re constituitur bonorum possessio ab ipso data, & ità Doctissimus Iacobus Cuiacius ad Papinianum interpretatur, quod dicitur *in d.* §. 1. exceptionem ex persona opponentis ęstimari. In qua tamen interpretatione non moror; sat enim est, ex eo textu apertissimè probari testamentum signatum, licet ipso Iure Ciuili sit nullum, tamen apud Prętorem ipso iure valere, donec nullitas de Iure Ciuili demonstretur.

Igitur in casu nostro, si venientes ab intestatò adgnoscant bonorum possessionem secundum tabulas, ea bonorum possessio erit cum re, quià nulli erunt, qui possint Iure Ciuili euincere hæreditatē. Ipsi ijdem sunt, qui de Iure Ciuili ab intestatò admittuntur; ipsi ijdem adgnouerunt bonorum possessionem secundum tabulas, quæ ipso iure valida est, nisi hęreditas Iure Ciuili euincatur, quę hoc casu non potest euinci; quià non alij euincere possent, quàm qui bonorum possessionē adgnouerunt: Isti verò adgnoscendo tabulas illas probarunt, & suo iuri renun-
14 ciarunt. Sicuti † contingit in eo, qui inofficiosum testamentum dicere potest, qui si aliquid ex testatoris iudicio capiat, querelam proponere amplius non potest *l. Papinianus § si cōditioni l. nihil interest. 12.*
15 *ff. de inofficioso testam.* Quinimò † quamuis ipso iure apud Prętorem testamētum non valeat, aut saltem rescindatur, vt contingit data alicui bonorum possessione contrà tabulas *l. 1. ff. de leg. prest. con. tab.*

tab. in qua id Prætor agit, vt rem ad causam intestati redigat *l. non putauit §. fin. ff. de bonor. possess. cont. tab.* Si tamen is, qui eam bonorum possessionem, & ipse petere poterat, maluerit accipere secundum tabulas: licet pugna quædam sit, vt ex eodem testamento possessio detur, & secundum tabulas, & contrà tabulas; tamen hactenus sibi prçiudicat, vt eam portionem habeat, quæ sibi fuit assignata in testamento, nec possit adgnoscere bonorum possessionem contrà tabulas, per quam maiorem portionem consequeretur *l. si ex duobus 14. ff. de bonor. possess. con. tab.* Quinimò, quamuis incompatibilia ea videantur, vt ex eodem testamento existat quis hçres, & bonorum possessor, petita possessione contrà tabulas, & simul alius ex bonorum possessione secundum tabulas, quasi eodem tempore testamentum ipso iure valeat, & attendatur, & simul non attendatur, & nō valeat; quià rescissum. Tamē si filius institutus siuè suus sit, siuè emancipatus adgnoscat bonorum possessionem secundum tabulas, vel se se hçreditati immisceat, licet alius filius prçteritus accipiat bonorum possessionem contrà tabulas, tamen legata ex testamento præstat, perindè ac si testamentum illud per contrà tabulas rescissum non esset *d. l. si ex duobus 14. ff. de bonor. possess. con. tab. l. si duo ff. de leg. præst.* Ergò multò magis in casu *dictę l. posthumus* hæredes ex testamento habebuntur, & vti tales legata, & fideicommissa prçstare cogentur, qui poterant quidem Iure Ciuili ab intestato hæredes esse, sed maluerunt adgnoscere bonorum possessionem secundum tabulas; cum hoc casu ipso iure testamentum valeat, & ab his non possit impugnari, qui iuri suo renunciarunt, & contra factum proprium venire non possunt.

16 Et † ex his tolluntur obiectiones Fabri *d. cap. 16.* qui contendit in casu *d. l. Posthumus* scriptos illos ab intestatò hçredes existere, quamuis petant bonorum possessionem, quià ipsi sibi hæreditatem Iure Ciuili euincunt. Nam respondetur primò, euictionem illam ipso iure non fieri, vt probatum est, sed cum veniunt illi, qui de Iure Ciuili admittuntur. In casu autem nostro nulli sunt, qui possint venire, isti enim ipsi, qui adgnouerunt, adgnoscendo, suo iuri renunciarunt. Prætereà, quandò etiam ipsò iure sibi hæreditatem euincerent, tamen quasi bonorum possessores eos habere, oporteret Prętorem, & vti tales cogere ad legata præstanda: sicuti contingit in filio instituto, qui ipso iure bonorum possessionem secundum tabulas adgnoscere non potest, & tamen si adgnouerit adeò sibi prçiudicat, vt tamquam hæres ex bonorum possessione secundum tabulas sit habendus. Minus obstat quod ex *l. 1. §. penult. ff. si tabulę test. nulla extab.* asserit Faber, necessarium esse in casu *dictę legis posthumus versic. idem circà iniustum* bonorum possessionem secundū tabulas conuerti in successionē intestati, vt contingit *in d. §. penult.* & etiam argumento eius, quod, qui accepit bonorum possessionem secundū tabulas alio petente contrà tabulas, defēditur, quasi contrà tabulas accepisset. Re-
17 spondeo etenim, † textum *in d. l. 1. §. penult.* non benè Fabri intentionem probare. Nam ibi ponendum est, eos, qui bonorum possessionem dicuntur accepisse, petijsse bonorū possessionem ab intestatò, quibus obstare videbatur, quod tabulis extantibus bonorum possessio ab intestato peti non possit; sicuti in casu *§. fin. eiusdem l.* nullo existente testamento de Iure Ciuili, quod filius in potestate existēs fuerit prçteritus, si emancipatus, qui fuerat exhæredatus, petierit bonorum
18 possessionē *vnde liberi* (nequè enim aliā petere potuit, non secūdum tabulas, quià scriptus hçres non fuit *l. vt scriptus fin. ff.*
19 *de bonor. possess. secund. tab.* non † contrà tabulas, quià exhæredato non datur *l. non putauit in princ. ff. de bonor. possess. con. tab.*) dicitur Prætoris partes esse, illum tueri vsquè ad partem dimidiam perindè ac si nullas tabulas pater reliquisset. Nēpè obstabat emancipato, quod tabulis extantibus non posset ab intestatò bonorum possessio adgnosci, sed quia eæ tabulæ erant, quę Iure Ciuili non debebant attendi, ideò Prętor emācipatum defendit. Et ità eum textum *in §. fin.* intelligendum esse, probatur euidenter: non enim ità accipi potest, vt qui in testamento scripti erant

erant acceperint secundum tabulas, qui ijdem sint tuendi ab intestatò, vt textum
20 illum intelligit Faber. Nam † cũ ibi proponantur inciſę, & deletæ à testatore tabulæ, constat ex illis, Pretorem non dare bonorum possessionem secundum tabulas *l. vnica ff. si tabula testamenti extab. l. 1. §. penult. & vlt. ff. de bonor. posses. secundum tab.* probatur *ex l. penult. §. 1. ff. eodem tit.* Ergò intelligendus textus de his, qui ab intestato bonorum possessionem acceperunt, quibus non obstabit, tabulas extitisse, quæ nullę, vel reuocatæ fuerunt, vt attendi non deberent. Quamuis autem interdum, qui accepit secundũ tabulas, defendatur à Prætore, quasi contrà tabulas acceperit, tamen hinc nihil aduersus textum, quem explicamus, nostramque explicationem infertur, toties enim illud fit, quoties, qui ex bonorum possessione secundum tabulas admissus est, is est, qui non potest, nisi ex bonorum possessione contrà tabulas admitti, quo casu id necessitas exigit. At in casu nostro necessitas ista non adest, vt enim diximus, ipso iure apud Prætorem testamentum valet, licet Iure Ciuili non subsistat, & ità demum inualidatur, si veniant illi, qui de Iure Ciuili euincere hereditatem possunt. Nulli autem sunt in casu nostro, vt suprà explicatum est.

Validior mihi videtur obiectio, quam Faber omittit, non tamen omittunt com-
21 muniter Doctores. Cur † in dicta *l. Posthumus §. idem, & circà* requirat Iuris Consultus, si testamentum irritum factum fuerit, bonorum possessionem dari ei, qui rem ab intestatò auferre possit, cum certum sit eam bonorum possessionem dari etiam extraneo scripto *§. non tamẽ instit. tit. quibus modis test. infirm.*

22 Difficultas † posset facillimè euitari, si diceretur requiri bonorum possessionẽ dari ei, qui ab intestatò succederet habito respectu ad eum casum iniusti testamenti; Cum enim casus iniusti, & irriti facti testamenti coniungantur, necessarium fuit addere, bonorum possessionem datam esse ei, qui ab intestatò rem auferre posset propter casum iniusti testamẽti; nisi enim is accepisset, qui ab intestatò esset successurus, possent venientes ab intestatò ei hæreditatem auferre, & bonorum possessionem sine re constituere. Verùm adhuc reprehendi posset Iuris Consultus, cur casus illos coniunxerit, si diuerso Iure censebantur.

Itaque respondeo, prudenter casus illos coniunctos esse, quod idẽ ius in vtroque statuendum. In casu iniusti testamẽti, ità demum bonorum possessio est cũ re, & debentur legata, si bonorum possessio illa secundum tabulas sit adgnita ab his qui ab intestatò essent successuri ex ratione suprà allata, non quod testamentum ità valeret, vt omninò de iure prętorio sustinendum esset; nam vt suprà diximus, si constet, Iure Ciuili testamentum nullum esse; Prætor sine re constituit suam bonorum possessionem, & his relinquit hæreditatem, qui de Iure Ciuili vocantur, sed quià validum fecerunt illi petendo bonorum possessionẽ, vt suprà declarauimus. Itàque si scripti, ijdemque ab intestatò venientes, noluissent bonorum possessionem petere, sed maluissent ab intestatò hæreditatem habere, vtique potuissent, nec legata præstare cogi potuissent, quasi omissa causa testamenti; cum enim ostendere isti potuissent, testamentum Iure Ciuili nullũ, ideòque hæreditatem ab intestatò ad se Iure Ciuili pertinere, nec Iure Prætorio validum censeri testamentum potuisset Iure Ciuili ab intestatò hæreditatem legitimis euincentibus, vt diximus; nec potuisset dici, causam testamenti omissam, cum testamentum nullum esset. Maxi-
23 mè † nè contrà se ipsos conuerteretur, quod à Pretore constitutum fuit, vt magis ipsi admitterentur argumento pulcherrimi in proposito textus *in l. 3 §. si emancipatus ff. de bonor. possess. contra tab.*

Idem omninò dicendum est in casu irriti testamenti. Quamuis enim dicatur *in d. §. non tamen*, dari ex eo testamento bonorum possessionem secundum tabulas: tamen animaduertendum est, etiam dici ibidem *ea testamenta non esse per omnia inutilia*, quibus verbis significatur, aliquam habere vtilitatem, non tamen omninò vtilia esse. Nempè eam tribuunt vtilitatem, vt possit hæres scriptus bonorum

norum possessionem adgnoscere secundum tabulas, quæ rem præstat, donec is, qui Iure Ciuili ab intestatò vocatur hæ-
24 reditatem euincat, vt probatur † ex *d. l. penult. §. 1. ff. de bonorum possess. secundum tab. iuxtà interpretationem Cuiacij ad Papinianum, & ad dictam legem, & rursus ad l. p. ff. eadem tit.* Quę sane Cuiacij interpretatio longè probabilior est ea, quam adfert Antonius Faber *de error. pragmat. dec. 39. error. 7.* Iste enim supponit, ex volũtate recenti in effectu conualescere testamentum, quòd hęres ab intestatò, dũ obijcit mutatam voluntatem à Testatore, ex eo, quod se in adrogationem dederit, dolo faciat, quoniam Testator sui iuris effectus ad eamdem redijt voluntatem. At si id ità esset ex nuda voluntate testamentum Iure ciuili nullum, & consequenter in effectu, nec Iure Prętorio attendendum *(vt suprà diximus)* conualesceret, & omninò esset seruandum, quod absurdum sentit idem Iuris Cons. in *d. l. penultima §. 1. ff. de bonor. possess. secund. tab.*

Cum itàque testamentum semel irritũ factum sit ipso Iure Ciuili nullum, & cõsequenter, nec iure Prætorio substinendum hæredibus legitimis hæreditatem Iure Ciuili euincentibus, poterunt isti scripti, ijdemque ab intestatò successuri, hæreditatem ab intestatò retinere omissa bonorum possessione secundum tabulas, & ità eadem ratione, quam suprà attulimus in casu iniusti, nec legata, nec fideicommissa debebunt. Quod si isti acceperint bonorum possessionem, cum omninò cũ re sit futura, legata præstabũtur, & fideicommissa. Quod similiter nõ ità esset, si instituti essent extranei, nam quamuis possent isti accipere bonorum possessionem, tamen non posset dici, cum re futuram, quia hęredes ab intestatò venientes, potuissent illam euincere.

Et hæc responsio procederet etiam secundum communem Doctorum sententiam; Nam fatentur illi, non omninò cũ re esse bonorum possessionem, quæ datur in casu irriti testamenti, sed ità demũ, si hęres scriptus probet voluntatem supremam testatoris.

Ergò absolutè dici non poterat in dicta *l. posthumus §. idem, & circà* cum re futuram bonorum possessionem, & legata, & fideicommissa omninò præstanda, nisi eo casu, quo bonorum possessio esset accepta ab eo, qui rē ab intestatò auferre posset; nam si accepta esset ab extraneo, potuisset legitimus hæres ab intestatò fortè hæreditatem vindicare, quod scriptus supremam testatoris voluntatem probare non posset.

Ex his constat testamentum iniustum, vel irritum non omninò sustineri à Prętore, vt volunt cõmuniter Doctores, sed ità demum si bonorũ possessio sit adgnita ab his, qui ab intestatò rem essent habituri; quod si illi ijdem ab intestatò hæredes Iure Ciuili esse mallent, testamentum in effectu nullum etiam Iure Prætorio constitueretur, & ità, nec legata, nec fideicommissa præstanda ex eo essent.

Verissimus adfertur intellectus l. si duobus 12. § si prius ff. de bonor. possess. con. tab. Cap. VI.

SVMMARIVM.

Bartoli, & Communiter Doctorum refertur interpretatio ad l. si duobus 12. §. si prius ff. de bonor. possess. con. tab. n. 1.

Reprobatur. n. 2. & seq.

Testamentum filio praterito valere non potest. num. 3.

Bonorum possessio con. tabulas datur prateritis, non exheredatis. num. 4.

Bonorum possessio contrà tabulas non datur, nisi aduersus testamentum illud, ex quo peti potest secundum tabulas. n. 5.

Prętor bonorum possessionem secundum tabulas dat ex tabulis postremis. n. 6.

Testamentum, in quo sunt scripti ab intestatò venientes defenditur, tamquam voluntas intestati. num. 7.

Ex secundo testamento, in quo filius pręteritus est, non rumpitur primum. n. 8.

Refertur ad eumdem textum alia Bartoli interpretatio. num. 9.

Rejcitur. num. 10.

Refertur alius Parisij intellectus à Fabro reprobatus. num. 11.

Refer-

Refertur interpretatio Iacobi Cuiacij. n.12.
Reijcitur. num.13
Bonorum possessio contrà tabulas non datur, nisi ex testamento; secus ab intestatò, n.14.
Alia adsertur Cuiacij interpretatio. n.15.
Reijcitur. num.16.
Adsertur intellectus Antonij Fabri ad eumdem textum. num.17.
Reprobatur. num.18.
Explicatur l. filio ff. de lib. & posth. n.19.
Adsertur verus intellectus ad dictum §. si prius. *num 20. & seq.*
Testamentum valet, filio emancipato Praterito, & ità demum à Pretore rescinditur, si petita sit bonorum possessio. num.21. & n.24.
Testamentum imperfectum dicitur, non solum quod tale est ab initio, sed quod ex post facto rumpitur, vel quoquo vitio rescinditur. num.22.
Testamentum nullum, in quo suus est prateritus. num.23.

VIdetur prima facie textui prꝯcedenti
capite explicato, quid simile habere
l. si duobus 12. §. si prius ff. de bonor. poss.
contrà tab. in quo §. explicando, nec satis
dici potest quantum Doctores laborauerint,
nec quam grauiter errauerint,
decepti omnes, quod existimauerint, in
secundo testamento imperfecto scriptos
illos esse, qui ab intestatò essent successuri
remoto filio illo pręterito.

Verba textus sunt hęc.

*Si prius testamentum extet iure factum,
quo filius exheredatus est, sequens imperfectum,
in quo prateritus sit filius: posteriori
testamento pręteritus rectè petet bonorum
possessionem, si remoto quoquè filio potiores
sunt in ea hereditate posteriore testamento
scripti her.des. Et ità ius habet, vt cum is,
contrà quem filius petit bonorum possessionem,
amoto filio possit obtinere hereditatem;
filius quoquè rectè videatur petere bonorum
possessionem. Si verò ille non possit obtinere
hereditatem filius quoquè excludatur.*

1 Bartolus † & Doctores cęteri communiter
hunc textum accipiunt, ità vt si prius
testamentum sit perfectum, secundum
imperfectum, in quo filius sit præteritus,
dummodò sint instituti venientes ab intestatò,
prius testamentum tollatur, sed
tamen possit filius pręteritus aduersus posteriores
hęredes; vel posterius hoc testamentum
bonorum possessionem contrà tabulas petere.
2 Hanc † interpretationem iure meritò reprobat
Antonius Faber *de Error. pragm decad 37. error. secundo*,
nequè vllo pacto defēdi potest. Quomodò
3 † enim valere potest secundum testamentum
in quo filius est præteritus,
etiam si (quod magis est) alij filij sint instituti?
l. filio 17. ff. de iniu o rupto. Et quomodò
poterunt dici instituti ab intestatò
venientes, si filius sit præteritus, quamuis
proximi adgnati sint instituti? An potest
adgnatus proximus ab intestato hæres
esse, dum filius quoque superest? Et quomodò
competere poterit bonorum possessio
contrà tabulas filio, siuè aduersus
primum, siuè aduersus secundum testamentum?
Non àduersus primum, si ruptum
non est, quià filius in eo fuit exhę-
4 redatus, bonorum † autem possessio contrà
tabulas pręteritis datur, non exhęredatis
l. non putauit in princ. ff. de bonor. possess. con. tab. Non si fuit ruptum; Nam
5 † bonorum possessio contra tabulas non
datur, nisi aduersus testamentum illud,
ex quo peti potest secundū tabulas *l. quod vulgò ff. de bon. possess. contrà tab.* At non
potest peti bonorum possessio secundum
tabulas ex eo testamento, quod ruptum
6 est ex posteriori. Nam † Prętor non dat
bonorum possessionem ex primis, sed
duntaxat ex secundis, & supremis tabulis
l. 1. §. 1. ff. de bonor. possess secundum tab. Non aduersus secundum testamen-
7 tum, quia † vere testamentum non est,
sed defenditur tamquam voluntas intestati
l. hac consultissima §. fin. Cod. de testam. Si igitur ab intestatò instituti succedunt,
deberet filius, vel ipso Iure succedere,
si in potestate defuncti fuit, vel bonorum
possessione *Vndè liberi* petita, si
fuit emancipatus.
8 Et quod † omnium maximè obstat, illud
est, secundum hoc testamentum, in
quo filius est pręteritus, nullum esse, ità
vt ex hoc secundo primum ruptum non
sit *l. si filius 7. ff. de lib. & posth l. si quis eum §. fin. ff. de vulg. & pup.* Frustrà ergò
aduersus hoc secundum petet filius bonorum
possessionem contrà tabulas institutis
in primo hęreditatē euincentibus.

Itàque

9 Itaque † idem Bartolus *in l. si filius 7. ff. de lib. & posth.* ab ea interpretatione recedit, quam dederat *ad d. l. si ex duobus §. si prius ff. de bonor. possess. contra tab.* Et respondet, textum esse intelligendum ita, vt in secundo testamento sit præteritus filius emancipatus; Sed quia videtur ei interpretationi obstare, quod si ita ille textus acciperetur, æque testamentum secundum valeret, siue instituti essent hæredes ab intestato venientes, siue extranei; nam vtroque casu testamentum ipso iure validum esset, cum emancipatus non possit illud rescindere, nisi per contra tabulas: Bartoli interpretationem defendit Alexander *ad d. l. si filius n. 4.* asserens, ponendum *in d. §. si prius* vltra præteritionem emancipati, testamentum fuisse imperfectum ratione solemnitatis, id est
10 numeri testium. Verum † easdem fere patitur difficultates hæc responsio. Nam quomodo imperfecta hæc voluntas potest seruari, tamquam vocatis his, qui ab intestato succederent, si filius sit præteritus, etiam emancipatus, qui ipsis scriptis ab intestato potior esset? Et præterea quomodo posset filius petere bonorum possessionem contra tabulas ex eo testamento, ex quo nec dari possit secundum tabulas, cum Prætor septem testium signis requirat testamentum signatum *l. 7. ff. de bonor. possess. secundum tab.* supponitur vero, testes aliquos deficere?

11 Parisius † in addit. ad Bartolum *ad d. l. si filius 7. ff. de lib. & posth.* alium adfert intellectum, sed adhuc improbabiliorem, quem refert, & reprobat Antonius Faber *d. decad. 37. error. 4.*

12 Non † melius sentit Iacobus Cuiac. *ad hanc l. si duobus §. si prius ff. de bonor. poss. con. tab.* recidit enim ipsius expositio in primam Bartoli, nisi quod vult, eam voluntatem seruari tamquam ab intestato, & peti bonorum possessionem, non contra tabulas, sed contra voluntatem inte-
13 stati; quod † tamen omnino repugnat, non solum quia intelligendus est textus noster de bonorum possessione contra tabulas, non contra voluntatem intestati, vt ostendit titulus, sub quo textus po-
14 situs est. Verum etiam † quia bonorum possessio contra tabulas non datur, nisi ex testamento, secus ab intestato *§. sunt autem instit. de bonor. possess. l. 1. in princ. & §. 1. ff. si tab. test. nulla extabunt.*

15 Sed videtur † etiam eodem in loco Cuiacius aliam indicare textus interpretationem. Nempe, quod posterius testamentum, licet imperfectum ex filij præteritione, tamen Iure saltem Prætorio validum sit, vt ex eo detur bonorum possessio secundum tabulas, ergo præteritus petere poterit contra tabulas, nam ex quo testamento secundum tabulas bonorum possessio peti potest, ex eodem potest peti contra tabulas *l. quod vulgo ff. de bonor. possess. con. tab.* licet bonorum possessio secundum tabulas sine re esset futura; Vnde videmus, etiam suos petere contra tabulas bonorum possessionem, si sint præteriti, cum tamen non possint ex eo testamento, quod Ciuili Iure nullum est, hæredes bonorum possessionem secundum tabulas cum re habere *l. 2. C. de bonor. poss. cont. tab. l. fin. § sancimus itaque C. de lib. prateris. l. vt liberis C. de collat.*

16 Sed † neque ista interpretatio est recipienda, nam licet posset ex eo testamento peti bonorum possessio secundum tabulas, tamen inanis esset, & sine re scriptis in primo testamento Iure Ciuili euincentibus hæreditatem, vt diximus in capite præcedenti, ergo & inanis esset bonorum possessio contra illas tabulas obtenta, quæ Iure Ciuili nullæ essent, vt intelligitur *ex dicta l. quod vulgo ff. de bonor. possess. contra tab.* At vero in §. quem explicamus non agitur de bonorum possessione contra tabulas inani, & quæ sine re esset futura, sed de efficaci, & cum re, alioquin non requireret I. C., eos in secundo testamento scriptos esse, qui remoto filio potiores essent futuri; Nam & si scripti essent quilibet etiam extranei, illa bonorum possessio contra tabulas inanis illo competere posset.

17 Tandem † Anton. Faber, *d. err. 2. decad. 37. n. 9. & sequ.* existimat, intelligendum esse Caium *in d. §. si prius* de illo casu, si in secundo testamento sint scripti hæredes alij filij, qui in primo fuerant exhæredati, quamuis enim in hoc secundo vnus filius fuerit præteritus, tamen dabitur ei bonorum possessio contra tabulas ea ratione,

quià cum ex eo, quod fuerint illi filij scripti in secundo testamento, licet imperfecto, non possint ampliùs dici exhęredati, rectè ex secundo testamento. accipient bonorum possessionem, quæ erit cum re, quià eis euincere hęreditatem non poterunt scripti hęredes in primo testamento, quod sublata exhęredatione inutile constituitur, ità vt possent filij, eo testamento non amplius obstante, ab intestatò succedere; ergò si accipiât bonorum possessionem secundum tabulas, ea erit cum re; itàque rectè petet pręteritus contrà istos bonorum possessionem contrà tabulas, quę & ipsa cum re erit; Quod secus esset, si in secundo testamento essent alij instituti, vel extranei, vel etiam adgnati, quià hoc casu, cum primum testamentum adhuc vtile esset, nec per secundum esset sublatum; Iniquum esset, filio præterito dari bonorum possessionem contrà tabulas in pręiudicium hæredum scriptorum, qui de Iure Ciuili essent ad hęreditatem admittendi.

18 Sed † omninò commentitius est iste Fabri intellectus, quem (cum soleat esse oculatissimus) miror sanè verum *eius* §. intellectum non vidisse.

Ponitur in textu, in primo testamento vnicum filium exhæredatum, ergo improbabile est quod comminiscitur Faber, fuisse exhæredatos plures.

2. Laborat in dicto §. I. C. vt filium istum admittat, quem tandem excludi asserit, si in secundo scripti remoto filio hęreditatem obtinere non possint; At verò inutilis fuisset quęstio posito casu quem fingit Faber. Nam filius pręteritus potuisset ab intestatò portionem suam fratribus auferre.

3. Nescio, vndè eruat Antonius Faber quòd asserit, irritam, & inanem factam exhęredationem in primo testamēto scriptam ex subsecuta in secūdo testamento, etiam nulla filiorum in primo exhęredatorum institutione, Nam imò cum nec instituti filij videri possint, qui inutiliter, & nulliter sunt instituti, *l. quoties ff. qui satisd. cog.* necessarium est, eos manere exhęredatos ex testamēto sine dubio valido, vt potè quod ex secūdo nullo sublatum non est. 19 Nec † ad rem facit textus *in l. filio 23. ff. de lib. & posth.* quo vtitur Faber, quasi sicuti notam exhæredationis ex subsecuta adrogatione tolli dubitatum ibi fuit, ità securè existimandum sit eam ex subsequenti institutione, licet in testamento inualido, & imperfecto scripta, sublatam. Nam ibi dubitatum fuit, an noceret exhęredatio, nó quod ab ea ex subsequenti adrogatione videretur Pater recessisse; sed quod alius filius iste adrogatus videri possit, non ille, qui fuit exhęredatus, vndè alia, & noua exhęredatio videri posset necessaria; maximè, cum exhęredatio nihil aliud sit, quàm ademptio hęreditatis, & illius dominij, quod filius, etiam viuente Patre, in bonis patris habet §. *pen. instit. tit. de codicill. iuncta l. in suis ff. de liber. & posth.* non potuit autem videri, prima illa exhęredatione hoc quasi dominium ademptum, quod post testamentum factum, ex noua adrogatione fuit filius adeptus.

20 Ego † existimo, sensum eius §. planissimum esse, & facillimum, & maximè miror, à Doctoribus non esse perceptum. Hic autem est. Si prius testamentum fuerit perfectum, in quo filius fuit exhæredatus, secundum imperfectum, in quo filius fuit pręteritus, potest filius petere bonorum possessionem contrà tabulas, si remoto filio instituti essent habituri hęreditatem, & quidem, non tamquam hæredes ab intestatò (quod omnes decepit) sed tamquam instituti, & ex testamento.

Hoc verò contingit, si testamentum secundum fuerit factum adhibitis omnibus solemnitatibus, & sit perfectum, duntaxat in eo imperfectum sit, quod filius emancipatus fuerit pręteritus. Hoc casu ipso Iure primum testamentum ruptum est, quià secundum ipso Iure valet; nam de Iure Ciuili filij emancipati non sunt instituendi, vel exhęredandi; sed duntaxat
21 de Iure Prętorio, qui quidem Pręctor † emancipato pręt erito, non statim inualidat testamentum, sed duntaxat eidem dat bonor. possessionē cōtrà tabulas, qua petita testamentū ipse Prætor rescindit; vt hęc habentur in §. *emancipatos inst. tit. de exhęredatione liberor.*, quod si petita non esset à filio pręterito bonorum posses-

sio,

fio, testamentum, quod ab initio validum fuit, permaneret, & ex eo hæredes scripti admitterētur *l. æquissimum in princ. & §. 1. ff. de bonor. possess. secund. tab.* Itaque, quod dicitur *in d. §. si prius*, secundum testamentum imperfectum, in quo filius fuit præteritus; ità est intelligendum, vt secundum illud testamentum ea ratione sit imperfectum, quòd filius præteritus fuit: licet enim Iure Ciuili testamentum fuerit perfectum, tamen non omninò perfectum dici potest, quod ex aliquo vitio rumpi, & rescindi potest, prò vt sanè potest rescindi testamentum, in quo filius emancipatus est prçteritus. Constat

22 autem † imperfecta testamenta vocari, non solum quę ab initio imperfecta sunt, verùm, & quæ ex post facto rumpuntur, vel quoquo vitio rescinduntur *l. 2. §. 1. ff. quemadmodum testamenta aperian. l. 1. §. siuè autem cum §§. sequent. ff. de tab. exhiben.* Ponendum ergò est in casu dicti *§. si prius*, testamentum fuisse in omnibus perfectum, excepto eo, quod fuerit filius præteritus, cuius præteritionis ratione dicitur, illud secundum testamentum imperfectum. Rursus ponendum, filium fuisse emancipatum; ad hoc enim, vt ipse filius possit eam bonorum possessionem petere, requiritur, vt scripti heredes remoto filio potiores sint in illa

23 hæreditate. At † verò, si suus esset præteritus, ipso Iure nullum esset secundum testamentum *l. inter cętera ff. de lib. & posth.* ideò primū non esset sublatum, ergò primi hæredes in primo testamento admitterentur ipsi ad hçreditatem. Planè emancipato præterito ipso Iure testamentum primum ex secundo sublatum est, & potiores primis sunt in secundo instituti, ad quos remoto ipso filio prçterito spectat omninò hæreditas. Neque enim ipso iure nullum est testamentum,

24 in quo emancipatus est præteritus; sed † ità demum rescinditur à Prętore, si bonorum possessio petatur ab emancipato, si non petatur, vel ab ea filius remotus sit, succedunt heredes scripti ex testamento ipso Iure valido *d. l. æquissimum in princ. & §. 1. ff. de bonor. possess. secundum tab. l. 1. ff. vndè liberi, alias l. 2. ff. si tabulę testamenti nulla extab.* Non ergò ille casus proponitur in dicto textu, quo testamentum sustineatur ex eo, quià scripti sint hęredes ab intestatò venientes (vt Doctores existimant) sed quamuis extranei quilibet sint instituti, illi filio emancipato remoto potiores futuri sūt in ea hæreditate: quoniam ponendum testamentum secundum in cæteris omnibus perfectum, fuisse in illo duntaxat imperfectum, quod emancipatus fuerit prçteritus, quo vitio considerato imperfectum illud secundum testamentū dicitur à Iure Consulto, Cum verò ex eo vitio testamentum non statim inualidaretur, factum est, vt ex hoc secundo primum perfectum fuerit sublatum, adeò vt scripti in secundo possint, & debeant Iure Ciuili ad hæreditatem admitti, & in ea esse potiores; nisi tamen filius petita bonorum possessione Iure Prętorio testamentum rescindat, à qua quacumque ratione fuerit filius remotus, ipsi in secundo testamento scripti Iure Ciuili omninò sunt ad hęreditatem admittendi. Cum ergò in ea causa isti hęredes sint, vt hæreditatem cum effectu sint habituri, rectè, & efficaciter ab his hæreditatē euincet filius emancipatus, & euictam, petita bonorum possessione, sibi habebit, quam non consequeretur, si nulliter in secundo testamento scripti essent hæredes, vt primum non esset sublatum: parùm enim prodesset ab his hæreditatem auferre, qui nec habent, nec habere possint, illudque testamentum rescindere, quod nullum est dum aliud extat omni iure validum, ex quo cum effectu hęredes scripti hęreditatem sunt habituri.

Explicatur Textus in l. defunctis 6. C. de legitimis Hæredibus. Cap. VII.

SVMMARIVM.

Dvę referuntur interpretationes ad l. defunctis C. de legitimis hęredibus. n. 1.
Reijciuntur. n. 2. & seq.
Sui ipso iure, & inuiti fiunt hæredes. n. 3.
Hęres, qui semel extitit, nūquā desinit esse. n. 4.
Prætor suis dat beneficium abstinendi. n. 5.

Qui abstinent, à Pratore pro haredibus non habentur. n. 6.
Iure Ciuili pro hæredibus habentur sui, & si abstinuerint. n. 7.
In suis non datur successio. n. 8.
Suo existente, nemo ab intestatò hæres existere potest. n. 9.
Suo existente nihil pro hærede vsucapi potest. n. 10.
Suo deferuntur ab intestatò omnes bonorum possessiones vndè liberi, vndè legitimi, & vndè cognati. n. 11.
Suus est etiam proximus adgnatus. n. 12.
Adgnatus est etiam cognatus. n. 13.
Suo existente, bonorum possessio vndè legitimi nulli adgnato potest deferri. n. 14.
Reprobatur quadam distinctio Antonij Fabri. n. 15.
Filio suo ex testamento abstinenti, Prætor ab intestatò defert bonorum possessionem vndè liberi. n. 16.
Delatum quod non est, non possumus repudiare. n. 17.
Institutus, idemque legitimus hæres, qui scit ex testamento sibi delatam hæreditatem, potest legitimã repudiando, vtramque reijcere. n. 18.
Tempora in bonorum possessione non expectantur, si expressè repudietur. n. 19.
Suam adfert Author interpretationem ad dictam l. defunctis. n. 20.
Proximus, quis sit, inspiciendum tempore destituti testamenti n. 21.
Exhæredatio sæpe in Iure supponitur. n. 22.
Tutor non datur, nisi suo. n. 23.
Datur tamen exhæredato. n. 24.
Sui vocantur, qui fuerunt exhæredati. n. 25.
Hæres sæpe vocatur, qui scriptus duntaxat est. n. 26.
Legitimus hæres dicitur, qui potest legitimus esse. n. 27.
Sui sæpe dicuntur adire, & repudiare. n. 28.
Extraneus dicitur abstinere. n. 29.
Dictio, vel, interdum accipitur correctiuè. n. 30.
Dictio, vel, interdum accipitur prò id est. n. 31.

INter multa Iuris loca, in quibus Doctores nostri parum feliciter laborarunt, non vltimum sibi vindicat locum celebris textus *in l. defunctis C. de legit. hæred.*

Defunctis (inquiunt Imperatores Diocletianus, & Maximianus) *suis extantibus hæredibus, & abstinentibus, vel repudiantibus hæreditatem, frater iure consanguinitatis succedere potest.*

1 Quem † textum ità omnes accipiunt, vt si defuncto extiterint sui hæredes, qui tamen se le abstinuerint; possit eiusdem defuncti frater ad illius hæreditatem iure consanguinitatis admitti. In eo duntaxat dissentiunt, quià alij fratrem Iure Ciuili admitti existimant, alij verò Iure Prętorio, & data fratri bonorum possessione *vndè legitimi*. Inter hos verò sunt precipuè Antonius Faber *de error. pragm. decad. 29. error. 10.* & Iacobus Cuiacius *ad tit. ff. de success. edict.*

2 Vtraque † sententia falsa, & improbabilis est. Nam quantum pertinet ad primam, quam Bartolus, & Doctores communiter probarunt, certissimum est, in
3 suis non esse locum successioni: Cum † enim isti statim ipso iure etiam inuiti fiant hęredes *§. sui autem instit. tit. de hęred. qua ab intest.* & *§. sui autem inst. tit. de hæred. qualit.*, *& diff.* fieri non potest, vt hæreditas semel suo acquisita, alij de-
4 feratur acquirenda. (Nam † qui semel hęres extitit, numquam desinit *l. ei qui soluendo ff. de hæred. instituendis*) Et maximè, vt deferatur de Iure Ciuili; quam-
5 uis enim † Prætor suo hæredi concesserit ius abstinendi, ab hæreditate *l. neces-
6 sarijs 57. ff. de acqu. hęred.* ità vt † illos, qui abstinuerint pro hæredibus non habeat *l. si filius ff. de interrogator. act.* non
7 tamen † ideò illi Iure Ciuili hæredes esse desinunt, & pro hæredibus haberi *l. cum quasi §. sed & si suus ff. de fideicom. libert. l. & si modica §. sed & si suus ff. de bonis libert.* Vndè fieri non potest, vt ipso Iure Ciuili hæreditas rursus alteri deferatur, vt ab altero adiri, & acquiri
8 possit. itaque † dictum est apertissimè *in l. p. §. sciendum ff. de suis & legitimis* in suis successionem non esse. Et ijdem
9 † Imperatores Diocletianus, & Maximianus Authores *l. defunctis, quam explicamus*, responderunt, ex testamento, vel ab intestatò existente filio, vel nepote suo hærede, neminem ab intestatò hæredem existere *l. 2. C. vndè libe-
10 ri*. Hac † ratione ijdem Imperatores *in l. 2. C. de vsucap. prò hærede* similiter responde-

ſponderũt, nihil prò hęrede vſucapi poſ-
ſe ſuis hæredibus exiſtentibus; nempè
quià, vt benè explicat ibi Cuiacius, ſuis
exiſtentibus, licet abſtinentibus, non po-
teſt quiſque alius hæres fieri, ideòque,
nec prò hærede vſucapere.

Secunda aliorum ſententia prima ad-
huc eſt improbabilior. Cum enim in eo
titulo *de legitimis hæredibus* agatur de
his, qui Iure Ciuili ad hæreditatem ad-
mittuntur; quod reſpondetur *in l. defun-
ctus* fratrem iure cõſanguinitatis ſuccede-
re poſſe, ità interpretari, vt intelligen-
dum ſit, accepta bonorum poſſeſſione
vndè legitimi, maximè eſt violentum, &
perſuaſu difficile: Accedit, nec ex bono-
rum poſſeſſione vndè legitimi poſſe fra-
trem admitti, ſi ſemel sui extiterint hæ-
redes, quamuis ſe ab hæreditate abſti-
nuerint, & ſucceſſionem repudiauerint.
Quod probatur euidenter; nam, ſuo non
ſolum Iure Ciuili defertur, & eodem in-
ſtanti acquiritur hæreditas de Iure Ciui-
11 li; verum etiam † de Iure Prætorio de-
fertur bonorũ poſſeſſio *vnde liberi §. ſunt
autem inſtit. tit. de bonor. poſſeſſ.* Imò non
ſolum defertur bonorum poſſeſſio *vndè
liberi*, verũ n & bonorum poſſeſſio *vndè
legitimi*, *& vndè cognati l.4. §.1. ff. quis
12 ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruetur.* Cum † enim
verum ſit, & filium, qui ſuus eſt, proxi-
mum eſſe adgnatũ *l. Iuris Conſultus §. no-
men cognationis verſic. proximiores ff. de
grad. & affin.* & conſequenter, proximũ
13 etiam eſſe cognatum, cum † qui adgna-
tus eſt, is, & cognatus ſit *d. §. nomen co-
gnationis*. Non ſolum Prætor filio ſuo
defert bonorum poſſeſſionem *vndè libe-
ri*, verùm, & poſt hanc bonorum poſſeſ-
ſionem *vndè legitimi*, & vltimo loco bo-
norum etiam poſſeſſionem *vndè cognati
l.1. §. ſed videndum ff. de ſucceſſorio edicto
14 l.2. ff. unde legit.* adeo vt † quoties adeſt
ſuus hęres, toties neceſſarium ſit à bono-
rum poſſeſſione *vndè legitimi* adgnatum
alium quemlibet excludi, & quidem du-
plici ratione. Primò ex eo quod ipſi filio
ſuo defertur bonorum poſſeſſio vnde le-
gitimi, neceſſarium eſt adgnatum alium
excludi, quoniam in hac bonorum poſ-
ſeſſione *vndè legitimi* non erat locus ſuc-
ceſſioni; quæ duntaxat à Prætore indu-
cta fuit in illa bonorum poſſeſſione vndè
cognati, vt teſtatur Iuſtin. *in §. placebat
inſtit. tit. de l. git. adgnat. ſucceſſ.* Et hoc
eſt, quod dicitur *in l. 2. ff. vndè legitimi*,
ſuos, qui bonorum poſſeſſionem ab in-
teſtato repudiarunt, adhuc obſtare illis,
quibus legitima hæreditas deferri potuit,
quià repudiando, quaſi liberi, hanc bono-
rum poſſeſſionem incipiunt habere, qua-
ſi legitimi; Nempè ità obſtant, vt non
poſſint vnquam alij ad bonorum poſſeſ-
ſionem venire, quaſi legitimi. Secundò,
quià hac ratione, quod in ea bonorum
poſſeſſione *vndè legitimi* non admitteret
Prętor ſucceſſionem; ea à filio repudia-
ta dabat rurſus eidem bonorum poſſeſ-
ſionem vndè cognati, quià, vt diximus,
idem filius erat quoque proximus cogna-
tus. Vndè rurſus excludi quemlibet aliũ
adgnatum ſaltem à bonorum poſſeſſio-
ne vndè legitimi, omninò erat dicendum,
quoniam facto iam tranſitu ad bonorum
poſſeſſionem vndè cognati, & cognatis
aperta ad ſucceſſionem via, non poterat
dari regreſſus ad bonorum poſſeſſionem
vndè legitimi, & fortè in ipſorum cogna-
torum præiudicium. Ergo, ſuo exiſtente,
impoſſibile eſt fratrem defuncti ad hæ-
reditatem admitti, vel ad bonorum poſ-
ſeſſionem *vndè legitimi*, cum ea bono-
rum poſſeſſio ſit abſumpta ex eo, quod
ſemel filio fuerit delata, ab eoque repu-
diata, ergò falsa eſt interpretatio, quam
eruditiores illi accomodãt *d. l. defunctus*.

15 Neque † ex eo poterit ſuſtineri, quod
videtur diſtinguere Antonius Faber *in
d. Erro. 9. & antecedentes* multum intereſ-
ſe, vtrum filius ſingillatim repudiauerit
bonorum poſſeſſionem *vndè liberi*, poſt
hanc bonorum poſſeſſionem *vndè legiti-
mi*, & deinceps. An verò ſe ab hæredi-
tate abſtinuerit; & ſic oſtenderit nullo
modo velle ſe admitti. Vt primo caſu ve-
rum ſit abſumi in filio ſuo bonorum poſ-
ſeſſionem *vndè legitimi* ſecus verò ſecũ-
do caſu. Nam etiam eo caſu, quo filius
ſe abſtinet; bonorũ poſſeſſio *vndè liberi*,
& cęterę ſuo ordine ei deferendæ ſunt;
neque id (vt credo) ipſe Faber negaret,
cum enim ille ex liberis ſit, & adgnatus,
& cognatus proximus, is eſt, cui Prætor
eas omnes bonorum poſſeſſiones eſt pol-
licitus,

licitus, ergò eas omnes suo ordine defert; nec quid facit, quod filius abstineat, quià imò magis hoc casu deferēdę ei sunt bonorum possessiones, cum posset ideò abstinere, vt de Iure Prætorio bonorum possessionem adgnosceret, & vt ex pluribus Iuribus sibi competentibus eligeret, quod mallet: qua ratione, si filius, *vndè liberi* bonorum possessionem repudiauerit, adhuc tamen aliam defert Prętor bonorum possessionem *vndè legitimi*, & post hanc *vndè cognati d.l.1. §. sed videndum ff. de success. edict. l.2. ff. vndè le-*
36 *gitimi*. Et † quamuis filius suus hæres institutus abstinuerit ex testamento, tamen adhuc defert ei Prętor bonorum possessionem ab intestatò *vndè liberi*, ex qua filius potest ab intestato succedere, & legatarios fraudare *l p. §. qui sunt in potestate ff. si quis omiss. causa test.* Si ergò illæ bonorum possessiones etiam filio abstinenti sunt deferendæ, quid interest gradatim, eas filius repudiet, an omnes simul, & eodem tempore? Fortè oberit, quod tempore repudiationis non omnes sint delatæ, sed duntaxat ea *vndè liberi*? Sed si hanc solam delatam ponamus, hæc
37 sola intelligetur repudiata, quod † enim nobis delatum non est, non possumus repudiare *l. 1. §. decretalis ff. de success. edicto*, ergò aliæ suo ordine deferentur, quas, vel opus erit illum expressè repudiare, vel repudiare ex lapsu temporis intelligetur. Quod si velimus, omnes delatas omnes semel repudiari, dicendum erit, cum omnes successiuè vnico instanti de-
38 latæ intelligantur, prout † contingit in illo, qui ex testamento institutus, & idem ab intestatò potest succedere; is enim si sciat sibi ex testamento delatam hæreditatem, potest repudiando hæreditatem ab intestatò, eam à se ex vtraque causa, & vtroque Iure abdicare, quia scilicet, cum non velit hęreditatem ex testamento, eodem instanti defertur ei ab intestatò, quā eodem tempore repudiat *l. illud dubitari ff. de acquir. hared.* imò hanc repudiando ostendit prius, se ex testamento repudiare, vt ab intestatò sibi delatam possit respuere *l. nec is §. heres ff. de acq. hered.* Idem dicendum in suo, qui cum semel omnes bonorum possessiones repudiat, omnes successiuè eodem ferè instanti delatas recusat, quamuis enim certa tempora Prætor indulgeat ad adgnoscendam
19 bonorum possessionem, ea † tamen non expectantur, si quis expressè bonorum possessionem recusèt; sed statim locus est successioni *l. 1. §. qui semel ff. de success. edicto*; ergò statim, & vno, eodemque tempore successiuè sibi delatas omnes repudiat. Quod si (inquam) ità est; non video differentiæ rationem, cur primo casu adgnatus omnis à bonorum possessione *vndè legitimi* excludatur, quod ea in filio sit absumpta, secus autem secundo; Nā imò si primo casu ideò adgnatus alius excluditur, quod filio suo bonorum illa possessio *vndè legitimi* sit delata, dicendum erit hunc, & secundo casu excludi, cum ęquè filio suo etiam secundo casu bonorum illa possessio *vndè legitimi* fuerit delata.

Itàque concludendum est, *in l. defunctis* non posse intelligi, fratrem ad fratris successionem venire iure consanguinitatis, quod ad eam perueniat accepta bonorū possessione *vndè legitimi*, quę & ipsa iure adgnationis à Prætore conceditur, sed aliam quęrendam esse interpretationem.
20 Ego † longè aliter eum textum intelligo, quam hactenus Doctores omnes intellexerint, & verbum illud *defunctis* refero ad verbum suis, & cum illo coniungo, vt virgula ponatur non post verbum *defunctis*, sed post illa *defunctis suis*; & sensus sit: defunctis suis, si existant heredes, qui se abstineant, vel repudient hęreditatem, frater Iure consanguinitatis potest succedere. Casum verò eius legis, ità existimo effingendum. Quidam extraneos instituerat, filios suos, vel alios liberos, qui sui futuri erant exhęredauit, decessit, deliberantibus hęredibus scriptis. Illi sui, qui fuerant exhæredati decesserunt, & ipsi inde scripti repudiarunt hęreditatem. Respōdetur in ea lege fratrem defuncti, iure consanguinitatis succedere posse, & decisio eius legis optima est, & secundum Iuris principia. Cum enim lege 12. tabularum proximus vocaretur adgnatus suo non extante, proxi-
21 mitas † si fortè factum esset testamentū, attendenda erat tempore destituti testa-

mntie-

menti §. *proximus autem Instit. de legit.*
adgnat. success. & in casu *l. defunctis* sinè
dubio repudiantibus scriptis, & iam de-
functis suis proximus adgnatus fuit fra-
ter, ergò ille iure consanguinitatis, Iure
Ciuili ad hereditatẽ admitti debuit: lego
itàque *defunctis suis*, & hæc verba con-
iungo, non vt Doctores, qui hæc sepa-
rant, & verbum *suis* coniungunt cum
sequentibus *extantibus her edibus, &c.* vt
sensus sit, suis extantibus, & abstinenti-
bus fratrem succedere defunctus; nam si
hic eius legis sensus esset, debuisset dici
defuncto: non *defunctis*, ergò legendum
coniunctim *defunctis suis*. Suos verò
22 istos pono exhæredatos fuisse, vt † sæpè
etiam exhæredatio in Iure nostro suppo-
nitur *l. Papinianus §. si quis mortis ff. de*
inoffic. test. l. cum ex filio ff. de vulgari aliò-
qui testamentum nullum esset, & frustrà
expectaretur aliorum heredum repudia-
tio, nempè institutorum; quià testamen-
tum non valeret *l. inter cętera ff. de lib. &*
posth. instit. tit. de exhæredat. lib. in princ.
Et quamuis exhęredatio aditione confir-
mata suitatem tollat irreuocabiliter, ta-
men interim etiam exhæredati sui vocã-
tur, quià illi sunt, qui sui possunt existe-
23 re, qua ratione † licet dicatur, Tutorem
non nisi suo hæredi, adscribi *l. quo tutela*
24 *73. §. 1. ff. de reg. Iuris*, datur † tamen etiã
exhæredato *l. 4. ff. de test. tutela*, & in ter-
minis ijsdem, in quibus ex nostra senten-
25 tia procedit textus *in l. defunctis*, sui † vo-
cantur qui fuerant exhæredati, nulla ta-
men mentione facta exhæredationis *in*
l. 1. §. proximum ff. de suis, & legit. cum
enim dictum esset suprà in *eadem lege*,
hæreditatem deferendam proximo *in*
§. proximum, monet Iuris Consultus pro-
ximum, non illum esse, qui tunc fuit pro-
ximus, cum moreretur Pater familias;
sed eum, qui tunc fuit, cum intestatum
decessisse certum est. Indè infert, & si
suus fuisset, qui pręcedebat (tempore sci-
licet mortis testatoris) si tamen is cũ re-
pudiatur hæreditas non viuit, proximum
illum accipiendum, qui tempore hære-
ditatis repudiatę proximus reperitur. Si-
nè dubio non potest, tanquam proximus
admitti ille, qui tempore repudiatæ hæ-
reditatis proximus reperitur, si suus hæ-
res fuit præteritus, quià, vt diximus, testa-
mentum non valeret, & statim ab inte-
statò suus existeret, quo existente nullus
alius hæres esse potest *d. l. 2. C. vndè liberi*:
ergò ponendum necessariò, suos illos, qui
præcedebant, fuisse exhæredatos; suos
tamen vocat Iuris Cons. & in eo textu,
qui sui vocantur, exhęredati supponun-
tur, & idem omninò casus ibi ponitur,
qui *in nostra hac l. defunctis*. Ergò defun-
ctis suis, *extantibus hæredibus*, idest exi-
stentibus hæredibus scriptis; sæpè enim
26 † hęres vocatur, qui hęreditatem non est
consecutus, sed qui scriptus duntaxat hę-
res est *l. si ex asse 30. ff. de acq. hæred. l. si*
quis §. item si conditio ff. de hæredibus instit.
27 *& passim.* Sicuti † legitimus hęres dicitur,
qui potest legitimus esse *l. nec is 17. ff. de*
acq. hęred. Et ad eum legitima hæredi-
tas pertinere dicitur, ad quem potest per-
tinere *l. si is ad quem ff. eod. tit. & in l. no-*
stra, ità omninò ea verba, *extantibus ha-*
redibus, sunt accipienda, vt hi extarent,
qui hæredes esse possent, non autem, qui
essent hęredes; aliòquin illi ijdẽ non pos-
sent hæreditatem repudiare, & locum fa-
cere fratri, tanquam proximo adgnato.
Et abstinentibus, vel repudiantibus hęredi-
tatem videntur hæc simul stare non pos-
se, vt quis abstineat, & simul repudiet,
nam abstinere suorum est proprium, re-
pudiare extraneorum; sed hanc difficul-
tatem, nec qui suprà allatas sententias se-
quuntur effugere possunt, cum enim illi
hæc verba referant ad suos, sinè dubio
necesse est fateantur, impropriè illos di-
ci repudiare; sicuti nos, qui ea ad extra-
neos referimus, fatemur impropriè dici
28 abstinere; sicuti † enim sępè sui dicuntur
adire, & repudiare *l. quęro §. fin. ff. de*
test. tut. l. 2. C. de legit. hęred. l. 2. C. si min.
ab hæred. abstin. l. fin. C. de repud. vel abstin.
hęr. ità dictum est è conuerso abstine-
re extraneum *in hac nostra l. defunctis*
29 sicuti etiam † abstinere extraneus dicitur
in l. Lucius Titius ff. de fideic. libert. Addi
30 † potest illam dictionem, *vel*, stare cor-
rectiuè, vt interdum eam accipi proba-
tur *in l. pen. C. de verb. signif.* corrigunt
enim se Imperatores, & declarant, quo-
modò intelligant, verbum illud, *absti-*
31 *nentibus*, idest *repudiantibus*, nam † &
dictio,

dictio, *uel*, accipitur ſępè prò *ideſt l. 2. l. quemadmodum §. hac actione ff. ad l. Aquil. l. 5. C. de prob. l. homo liber §. fin. ff. de acq. rer. domin.*

Ergò ſensus eius legis ille eſt. Defunctis ſuis exhęredatis, dum deliberabant illi hęredes ſcripti (neque enim alij hęredes, quam ſcripti extare potuerunt, qui poſſent legitimam hæreditatem ſuspendere, & impedire, ne ſui hęredes exiſterent) ſi poſteà ijdem hęreditatem repudient, frater poteſt ſuccedere iure conſanguinitatis; & ità intellectus eius legis eſt planiſſimus, & omnes ceſſant difficultates, & obiectiones, & ſola virgula neceſſitatem huius intellectus inducit: ſi enim ponamus verba illa, *defunctis ſuis*, eſſe coniungenda, vt nos volumus, & volunt ipſa verba (aliòquin, vt suprà attigimus dictum eſſet *defuncto*, non *defunctis*) neceſſariò intellectus noſter eſt recipiẽdus, nec poteſt alius d. l. accomodari. Eò autem libentius noſter eſt recipiendus, quod nullas patiatur difficultates, & veriſſimus ſit, & verbis etiam textus magis conformis.

De Sententia l. qui ſe patris C. vndè liberi. Cap. VIII.

SVMMARIVM.

PLures intellectus l. qui ſe Patris C. vndè liberi refert, & reÿcit Faber. num. 1.

Hęreditas, quæ iuncta eſſe cępit, diuidi non poteſt. n. 2.

Refertur ad eum textum interpretatio Fabri. num. 3.

Reprobatur. num. 4. & ſeq.

Succeſſorio edicto locus non fuit, niſi in bonorum poſſeſſione vndè cognati. n. 5.

Prætor qua ratione emancipatos admittat ad bonorum poſſeſſionem vndè liberi. n. 6.

Filio ſemel exiſtente, nepos de Iure Ciuili non admittitur. num. 7.

Prætor eos uocat ad bonorum poſſeſſionem vndè liberi, qui ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas admitterentur. n. 8.

Prætor eos admittit ad bonorum poſſeſſionem contrà tabulas, & eo ordine, quo ab inteſtatò uocantur. num. 9.

Filÿ in bonis matris numquam habuerunt bonorum poſſeſſionem vndè liberi, nec contra tabulas. n. 10.

Filio emancipato exiſtente, nepos ex eo non poteſt petere bonorum poſſeſſionem vndè liberi. n. 11.

Filÿs in adoptionem datis, & à Patre inſtitutis, ſi præteritus accipiat bonorum poſſeſſionem contrà tabulas, committitur edictum. n. 12.

Bonorum poſſeſſio non acquiritur ipſo Iure, ſed tunc, cum adgnoſcitur. n. 13.

Prætor, dando bonorum poſſeſſionem contrà tabulas, id agit, vt quiſque eam partem conſequatur, quam ab inteſtatò habuiſſet. n. 14.

Explicatur textus in l. ſi quis §. vlt. ff. ſi tab. teſt. nullę extab. n. 15.

Inter filios emancipatos, & nepotes ex eis retentos in poteſtate, locus eſt iuri accreſcendi. n. 16.

Ex ſucceſſorio edicto qui admittantur. n. 17.

Subÿcit Author, ſuam de dicta l. qui ſe patris intellectu ſententiam. n. 18. & ſeq.

Hæreditas, quæ ſemel iuncta eſſe cępit, non poteſt ſeparari. n. 19.

Nepos, licet ſuus, interdum, nec iure Ciuili, nec Prætorio ad hęreditatem Aui admittitur. n. 20.

DIfficilior mihi videtur textus in *l. qui ſe patris C. vndè liberi. Qui ſe Patris, poſt Aum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui Aui paterni ſuſcipere facultates non poteſt, maximè emancipatus; niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit.*

1 Hęc † ſunt verba textus, circà quem varij à Doctoribus noſtris ſunt excogitati intellectus, quorum plures recenſet, & reprobat Antonius Faber *de Error pragm. decad. 29. error. 7.* ad quem lectorem remitto; quod enim benè ipſe egit, fruſtrà, nunc ego rurſus agerem. Difficultas in eo omnis eſt, quomodò fieri poſſit Nepotem etiam per bonorum poſſeſſionem conſequi, vt hæreditas Aui, quæ cum hæreditate Patris, qui ſuus extitit Auo, cępit eſſe coniuncta à Paterna hæreditate ſeparetur, vt Auitam poſſit obtinere, patris hæreditate repudiata; videtur enim nullo modo id nepoti concedendum;
2 quod † vnica iam ſit hęreditas Patris,

tris, quę ei defertur, vt ideo diuidere eam nō posit *l. sed si plures* 10§. *filio ff. de vulg.*

Faber postquam aliorum, & pręcipuè Andreę Facchinei opiniones *d. error.* 7. refutauit, & benè; *errore octauo* suam subijcit interpretationem, quam solam nos hic referemus, cum cæteris alijs longè sit probabilior.

Ipse ergò † in ea est sententia, vt responsum Imperatoris in *d. l. qui se patris* sit accipiendum de emancipato, ita vt casus, de quo Imperator fuerat interrogatus ità sit ponendus. Auus filium habebat in potestate, nepotem ex eo emancipatum; decessit intestatus, & ei suus hęres filius extitit, qui rursus, & ipse decessit testatus, nepos emancipatus nolebat patris sui hæreditatem adire ex testamento, sed volebat facultates Aui suscipere. Responsum fuit, non posse; nisi aliquo casu ad huiusmodi beneficium per bonorum possessionem peruenerit.

Filium fuisse in potestate colligit Faber ex eo, quià, cum mentio fiat nepotis, qui expressè dicitur emancipatus, æquè fuisset dictum, & filium emancipatum fuisse, si & ipse in potestate Aui non fuisset. Et pręterea, cum dicatur in eo responso, nepotem, qui Patris hæreditatem recusat, non posse Aui facultates suscipere; satis innuitur, posse illas nepotem obtinere, si fortè adiret Patris hęreditatem, & cum nulla fiat mentio aditionis hæreditatis, vel (vt melius loquar) bonorum possessionis à filio adgnitæ ponendum est, filium ipso Iure Aui substantiam acquisiuisse; & sic in potestate fuisse. Nepotem fuisse emancipatum colligit Faber ex illis verbis textus, *maximè emancipatus*, cum enim responsa ad speciem propositam edantur, nihil attineret dici, *maximè emancipatus* nisi in specie proposita narratum esset, nepotem fuisse emancipatum.

Secundo id arguit ex eo, quià dicitur in textu, nepotem se Patris hæredem negare, quod sanè dici non posset, si nepos esset in potestate; cum enim sui ipso iure fiant hæredes, & ignorantes, & inuiti *§. sui autem instit. de hered. quę ab intest. §. sui autem instit. de hęred. qualit. & diff.* frustrà negaret, se hæredem, qui legis authoritate hæres iam esset, & (quod magis est) etiam si ab hæreditate se abstinuisset; licet enim apud Prætorem pro hærede is, qui se abstinuit non habeatur *l. si filius ff. de interrog. action.* non tamen apud Cæsarem, qui Iuris Ciuilis, & Custos, & Caput est. Hunc eumdem nepotem ex testamento fuisse institutum, similiter ex duobus conijcit Faber, primum, quià mentio in eo textu facta est Aui, qui dicitur decessisse intestatus: dictum, & id esset de filio, si & ipse intestatus decessisset, ergò cum Auus dicatur intestatus, argumentum est ad differentiam filij intestatum dici, quod filius fecerit testamentum. Secundò, quià si filius intestatus decessisset, non rectè diceretur nepos, se negare hæredem Patris; cum enim iste ponatur emancipatus, hæres esse non posset, non nisi enim per bonorum possessionem ad bona patris posset peruenire, vt potè de Iure Ciuili incognitus *§. emancipato autem instit. tit. de hęred. quæ ab intest.* Pretor autem bonorum possessionem dando hęredes non facit *§. quos autem instit. de bonor. possess.* Cum autem de emancipato fuerit responsum *in d. l.* Infert Faber responsum illud, non ad ius Ciuile esse referendum, sed ad ius Prætorium, videlicet, quod dicitur, non posse nepotem illum Aui facultates suscipere, intelligendum ità, vt nepos de Iure Prętorio Aui facultates consequi non possit, nam stultum sanè esset dubitare, an emancipatus posset ad Aui bona de Iure Ciuili admitti. Hinc verò explicat vltima illa l. verba, *nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit*, idest, *nisi quo casu per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit*. Cum enim regula ponatur non posse emancipatum de Iure Prætorio ad bona Aui admitti si Patris respuat hæreditatem, non possunt verba illa generaliter intelligi, vt semper nepos ille posit per bonor. possessionem admitti, alioqui regulam destruerent, & planè ineptam, & ridiculam legis decisionem redderent. Sed necessariò ità intelligenda sunt, *nisi aliquo per bonorum possessionem ad huiusmodi*

modi beneficium peruenerit. Casum autem hunc non intelligit Faber in eo emancipato, de quo ibi agitur, sed in alio quolibet. Itàque existimat, casum hunc, accidere posse, si æquè filius fuerit emancipatus; nam si is antequam petierit bonorum possessionem ad obtinenda bona Aui decesserit, potest nepos ipse bonorum possessionem petere, perindè ac si filius non fuisset: & in hanc rem adfert textum *in l. si quis §. vlt. ff. si tabula test. nullę extabunt*.

4 Laudo ego † subtilissimi Iuris Conf. interpretationem, quam libenter amplecterer, nisi me veritatis non contradicendi studium aliò raperet. Sentio enim ego, quod fortè adhuc nullus sensit, successorio edicto; vel successioni quomòdolibet locum non esse, non solum si agatur de liberis, qui in potestate morientis fuerunt, vt ipse Faber defendit, & alij etiam crediderunt; verum etiam, si de his liberis agatur, qui fuerint emancipati; Nam æquè existimo, filio emancipato existente tempore mortis Aui, non posse ad bonorum possessionem *vndè liberi* alium admitti, quam ipsum; ità vt, si ille, vel petere bonorum possessionem non potuerit, vel noluerit, sequentes in gradu liberi eam bonorum possessionem *vndè liberi* nullo modo petere possint.

Moueor non solum, quià cum aliquandò perquisiuerim nullum Iuris locum inueni, in quo filio emancipato superstite, & bonorum possessionem vndè liberi non petente, ad eam successiuè nepos admittatur; cum tamen verisimiliter plures occurrerent, si inter liberos etiam, qui in potestate morientis non fuerunt successioni locus esset. Et † quià scimus, succes-
5 sorio edicto locum non fuisse, nisi in bonorum possessione illa *vndè cognati*, vt testatur Iustinianus in *§. placebat instit. tit. de legit. adgnat. success.* quà ratione post titulum *de bonorum possessione vndè cognati* tum in ff., tum in C. ponitur tit. *de success. edicto*.

6 Verùm † quià Prætor ad bonorum possessionem dandam ex æquitate motus fuit *§. emancipati inst. tit. de hered. quę ab intest. defer.* non eo proposito, vt meliorem faceret emancipatorum conditionem, sed vt efficeret deteriorem eam nō esse, quòd essent emancipati. Vndè ità eis dedit bonorum possessionem perindè ac si emancipati non essent, sed ac si in parentis potestate fuissent *d. §. emancipati*, & emancipationem ipsam rescindendo *l. sed cum patrono §. 1. ff. de bonor. poss. l. 3. §. si emancip. ff. de bonor. poss. con. tab.* Qua ratione Prętor ab intestatò ad bonorum possessionem primò suos dicitur vocare, *l. p. ff. quis ordo in bonor. poss. seru.* nempè quià etiam emancipatos rescissa capitis diminutione inter suos connumerat *instit. tit. de legit. adgnat. success. in princ.* Cum itàque Prętor ità emancipatos admittat, & ad bonorum possessionem inuitet, perindè ac si in parentis potestate fuissent, oportet eo ordine, eos vocare, illosque ad bonorum possessionem admittere, qui de Iure Ciuili ad-
7 mitterentur. At † de Iure Ciuili, filio semel existente, nepos non admittitur *l. p. §. sciendum ff. de suis, & legit. l. 2. Cod. vndè liberi*. Ergò semel emancipato existente filio nepos ex eo admitti
8 non poterit. Confirmatur † quià Prętor eos liberos vocat ad bonorum possessionem *vndè liberi*, qui ad bonorum possessionem contrà tabulas admitterentur *l. p. §. liberos ff. si tabulę testamenti*
9 *nulla extabunt*. At † eos admittit Prętor ad bonorum possessionem contrà tabulas, qui Iure Ciuili ad successionem vocantur, & eo Iure, & eo ordine, quo ab intestatò vocantur *l. p. §. 1. ff. de bonor. possess. con. tab.* Ergò eosdem vocat Prætor ad bonorum possessionem *vndè liberi*, Et eo Iure, & eo ordine, quo si emancipati non fuissent Iure Ciuili ad hæreditatem fuissent admissi. Sed sic est quod de Iure Ciuili nepos, existēte filio, hæres fieri nō potest, ergò nec eum Prętor bonorum possessorem facit. Nam bonorum possessionem cum dat Prętor liberis, imitatur Ius Ciuile, & non solam sanguinis coniunctionem attendit, nec ei sufficit ad eam bonorum possessionem dandam *vndè liberi*, vt ex liberis sint; sed ex eis liberis esse vult, qui de Iure Ciuili admitterentur, nisi ob-
10 staret emancipatio; Vndè † numquam

Prætor

Prætor dedit bonorum possessionem vndè liberi filijs in bonis matris, sed duntaxat bonorum possessionem *vndè cognati instit. tit. de Sen. Conf. Tertull. in princ. l. p. §. si qua pragnans l. 2. ff. vndè cognati*. Sicuti eadem ratione, nec liberis aduersùs tabulas matris dedit bonorum possessionem *l. illud 4. §. ad testamenta ff. de bon. poss. con. tab.* quià illud fuit, vt dicebam Prętoris propositum, vt liberis non noceret emancipatio, non etiam, vt eis prodesset. Id enim sanè fuisset absurdum, meliorem efficere voluisse Prętorem conditionem emancipatorum, quam eorum esset, qui in potestate parentis mansissent, vt plus Iuris habere inciperent Iure Ciuili omninò incogniti, & quos Prætor miseratione motus ad bonorum possessionem vocasset eo colore, quasi emancipati non essent; quam illi, quos Ius Ciuile admitteret, & æquè sanguine essent coniuncti, vt his noceret, quod plus Iuris haberent, quam illi.

11 Probatur † id adhuc euidentius *ex l. cum emancipatus §. 1. ff. de bonor. poss. con. tab.* Ibi proponitur Pater, qui duos habebat filios, & ex altero nepotem. Nepotem in adoptionem dederat, eumque hæredem instituerat præterito altero filio. Quæritur, vtrum hic nepos in partem patris sui admittatur (si fortè post auum decesserit bonorum possessione non petita) an virilem portionem habeat. Respondetur, nepotem hunc, quam diù pater eius, aut in potestate, aut emancipatus est, non posse contrà tabulas possessionem accipere, imò quamuis pater eius, antè quam bonorum possessionem acciperet, decesserit; nec tamen hunc nepotem bonorum possessionem accipere posse. Certum est

12 † liberis in adoptionem datis, si ipsi ijdem fuerint instituti, alio præterito, perindè committi Edictum, ac si in aliena familia non essent *l. non putauit §. in adoptionem ff. de bonorum possess. con. tab.* ità vt semel commisso Edicto non opus sit, eos expectare, vt pręteritus petat, sed statim petere possint *l. si post mortem §. fin. ff. eodem tit.* Cur ergò nepos ille institutus petere non poterit bonorum possessionem contrà tabulas, ità vt saltem mortuo Patre suo, non petita bonorum possessione possit ipse nepos in partem Patris sui admitti? Nempè ratio est, quià pater illi obstat, non solum si in potestate sit, & viuat; sed, & si decesserit, & bonorum possessionem non petierit. Obstat verò ideò, quià rescissa capitis diminutione, & datione in adoptionem, si de Iure Ciuili res esset consideranda, nepos numquam succedere posset, semel filio Patri eidemque Auo superuiuente, ipse enim hæres fieret ipso Iure, & nepos numquam posset admitti, ergò & obstabit, quamuis bonorum possessione non petita decesserit, quià licet, postquam decessit, nepotem non præcedat; præcessit tamen tempore mortis Aui; & ità vt si suus fuisset, habiturus fuisset hęreditatem, & nepotem fuisset exclusurus, ergò quamuis

13 in bonorum possessione, quę † ipso iure non acquiritur, sed tunc duntaxat, cum adgnoscitur *l. 2. ff. si tab test. nulla extab. l. emancipata C. qui admitti*, filius nepotem non præcesserit, quòd bonorum possessionem non petierit; tamen adhuc nepos excluditur; quià Prætor eis duntaxat dat bonorum possessionem, qui si nulla intercessisset capitis diminutio, de Iure Ciuili successissent. Talis iste nepos non esset in casu proposito, nam si nulla capitis diminutio, & familię mutatio intercessisset, filius vt potè suus hęres Auo existens nepotem exclusisset. Et quamuis textus ille sit de bonorum possessione contrà tabulas, tamen ab ea bonorum possessione rectè arguitur ad bonorum possessionem *vndè liberi*, vt diximus; quià non alijs datur bonorum possessio *Vndè liberi*, quam his, qui contra tabulas accipere possent, & cum ex eo textu probetur nihil interesse vtrum filius adgnouerit bonorum possessionem, nec ne; nam vtroque casu ęquè nepos excluditur, nec locus est successioni; idem conuincitur dicendum in bonorum possessione *vndè li-*

14 *beri*, maximè quià † Prætor, cum dat bonorum possessionem contrà tabulas, illud agit, vt quisque eam partem consequatur, quam ab intestato habuisset *l. non puta-*

putauit §. fin. ff. de bonor. poss. con. tab nihil dat nepoti, nec bonorum possessionem ei concedit, nec etiam in partem Patris, si ipse Pater semel Auo superuixerit, licet bonorum possessionem non petierit. Ergò eo casu nepos ab intestatò nihil fuisset habiturus, ergò neque ex bonorum possessione *vndè liberi*. Ità vt concludi possit securè in bonorum possessione *vndè liberi*, etiam si agatur de emancipatis locum non esse successioni, sed & filio non adgnoscente bonorum possessionem, nepotem non vocari.

15 Neque obstat † textus, quem ad id probandum adfert Antonius Faber, nempè *l. si quis §. vlt. ff. si tab. test. nullę extab* Respondeo etenim, textum esse de nepote retento in potestate, qui premortuo filio non petita bonorum possessione, ad portionem filij vocatur ex Edicto *de coniungendis cum emancipato liberis eius*. Sicuti † enim, nepotibus non
16 petentibus, ipsorum portio filio adcrescit *l. 1. §. si quis ex nepotibus ff. de coniung. cum emancip. lib. eius*, ità è contrà bonorum possessione non adgnoscente filio, solis ex eo nepotibus, ipsius portio adcrescit, *d. l. si quis §. fin. ff. si tab. test. nulla extab.* qui textus procedit sine dubio in nepotibus retentis in potestate, vt constat ex eo, quià in princ. d. legis referuntur verba Edicti coniungentis nepotes cum patre suo emancipato; & etiam conuincunt verba ipsius textus; dicitur enim in eo textu, si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ità integra omnia esse nepotibus, atque si filius non fuisset: vt quod filius habiturus esset, petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis adcrescat. Supponitur ergò ibi, nepotes aliquam portionem iàm habere, cui portio Patris adcrescat; ergò agitur de nepotibus retentis in potestate Aui, quibus Edicto portio aliqua data est. Præterea, nepotes non admitti in eo textu ex successorio edicto, probatur,
17 quià † ex successorio Edicto, aliquo repudiante, admittuntur illi ad deficientem portionem, qui sunt in eodem gradu, & tunc sequentes in gradu admittuntur, quandò nullus est eiusdem gradus §. *& si intrà instit. tit. de bonor. possess.* At *in d. l. si quis §. fin.* filio non adgnoscente dicitur eius portio adcrescere nepotibus solis ex eo natis, non etiam cęteris, & tamen ex successorio Edicto potius cæteris adcrescere debuisset, si, & ipsi filij fuissent, & in eodem gradu, ergò non agitur in eo textu de nepotibus admittendis ex successorio Edicto, sed de nepotibus in potestate ab Auo retentis, qui ità cum Patre suo coniunguntur, vt & portionem Patris soli consequantur, si fortè pater eam non adgnoscat. Quod si à successorio Edicto velit quis successionem, quę datur in liberis distinguere exemplo Iuris Ciuilis, ego non valdè repugnabo, dummodo in his casibus detur successio, quibus & de Iure Ciuili daretur; certè semel suo existente numquam nepos succedere potest.

Quod si ità verum est, corruit Fabri ad hanc *l. qui se patris* interpretatio, & alia est quærenda, quam tamen meliorem Doctores non adferunt.

18 Ego † subijciam, quid ad hanc legem dici posse censeo. Et in primis non video, qua ratione adeò laboret Faber, vt demonstret responsum illud Imperatoris, non ad Ius Ciuile referendum, sed imò ad Ius Pretorium, scilicet, cum dicit eum, qui Patris se negat heredem, non posse Aui paterni suscipere facultates, intelligere Imperatorem non posse eum Aui Paterni facultates suscipere, accipiendo bonorum possessionem de Iure Pretorio. Nam quamuis ità illud responsum acciperemus, non posse de Iure Ciuili nepotem, qui recusat Patris hæreditatem, Auo Paterno heredem fieri, & maximè emancipatum, qui Iure Ciuili incognitus est; nisi per bonorum possessionem id consequatur. Non tamen statim consequens esset, posse semper nepotem, siuè suus sit, siuè emancipatus, siuè ex Patre, qui suus extiterit Auo, vel ab Auo fuerit emancipatus per Bonorum possessionem Aui facultates suscipere. Cum enim probetur numquam ferè posse nepotem hereditatem Aui consequi, nisi Paternam adeat; eam recipiunt illa verba vltima

legis

legis congruam interpretationem, *nisi per bonorum possessionẽ aliquo casu ad eiusmodi beneficium perueniat*. Planè non solum ad Ius Prætorium responsum illud referendum, sed & ad Ius Ciuile verborum generalitas conuincit, neque enim de solo emancipato loquitur Imperator, sed de omni nepote, etiam suo, & ex quolibet patre, siuè suo, siuè emancipato, quod quantum attinet ad nepotẽ ea verba textus demonstrant *maximè emancipatus*. ostendunt enim etiam ad suum legis sententiam pertinere. Et quod pertinet ad Patrem ipsius nepotis, similiter intelligitur ex loquutione illa indistincta, nequè enim declaratur, aut requiritur Patrem suum fuisse Auo, vel non. Nequè id satis necessariò infertur ex eo, quià, dum dicitur nepotem, qui recusat Patris hæreditatem, non posse suscipere Aui paterni facultates, ostenditur, posse eas suscipere, si paternam adiret. Nam vis responsi in eo est, vt ostendatur ferè numquam posse nepotem Aui substantiam cõsequi, qui hæreditatem paternam repudiet, qui sæpius poslet, si paternam hęreditatem adiret, & toties, quoties Pater ipsius, vel suus Auo extitisset, vel bonorum possessionem adgnouisset. Cęterum, quin, & de Iure Prætorio responsum accipiatur, nõ repugno. Cum enim, & generale sit, & procedere maximè dicatur in nepote emancipato, quem certum est, non nisi de Iure Prætorio admitti posse, probabilius sanè est, & ad Ius Ciuile, & Prætorium illud referendum.

Ergò generaliter ea lex ità est accipiẽda, vt regulariter siuè de Iure Ciuili, siuè de Iure Prętorio nepos, qui hęres nõ existit Patri, vel quod emancipatus, idèque institutus ipsius repudiet hęreditatem, vel quod bonorũ ipsius possessionem non accipiat, vel quod cum suus sit, & necessarius beneficio abstensionis vtatur, non possit Aui facultates suscipere, siuè Pater ipsius, idẽque Aui filius fuerit Auo suus hæres, siuè emancipatus, & ipse, siuè Pater bonorum possessionem adgnouerit, siuè non adgnouerit.

Quæ quidem generalis regula est verissima. Nam, vel ponimus, filium fuisse
19 suum hæredem Auo, & † cum hæreditas Aui effecta fuerit filii patrimonium, & iuncta esse cęperit cum filij hæreditate, non poterit à nepote, siuè suus sit hæres Patri, siuè extraneus ità separari, vt Auitam accipiat, paternam repudiet *l. sed si plures. 10. §. filio ff. de vulg. & pupill.* vel volumus filium fuisse emancipatum ab Auo, & tunc aut filius adgnouit ipsius bonorum possessionem, & cum per bonorum possessionem acquisiuerit bona Aui, quæ in hęreditate filij posteà decedentis reperiuntur, similiter eadem ratione dicendum est, non posse ea à nepote separari. Aut verò filius antè bonorum possessionem adgnitam decessit, & hoc quoque casu bonorum possessionem nepoti non deferri suprà ostendimus. Ergò siuè de Iure Ciuili, siuè de Iure Prętorio regula illa generalis est verissima. Omnis difficultas est in explicanda, & probanda exceptione.

Quęret quis, si æquè de Iure Prętorio verum est, nepotem ab Aui hæreditate excludi, & siuè suus sit, siuè emancipatus nihil interest, tam de Iure Ciuili, quã Prætorio: cur ergò dicit Imperator regulam illam maximè procedere in emãcipato? Quęsito poterit satisfieri postquã fuerit exceptio explicata, nempè ostendemus in Nepote suo facilius cõtingere, vt is per bonorum possessionem Aui facultates consequatur: potest enim is bonorum possessionem accipere *vndè liberi*, quę numquam datur emancipato nepoti semel filio superstite, & post Auum decedente.

Ergò regula constituitur generalis *in d. l.* & tam de Iure Prętorio, quam Ciuili: subijcitur tamen exceptio, *nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit*: quę quidem verba, vt rectè ratiocinatur Faber, ità sunt intelligenda, non vt semper possit nepos illud consequi per bonorum possessionem, sed aliquo casu; & necessarius est ille intellectus, cum fuerit ostensum, de Iure Prætorio non posse nepotem admitti, cum in bonorum possessione *vndè liberi* successioni locus non sit. Quis ergò est iste casus? Existimo, casum poni posse in nepote in Aui potestate retento, filio ab eodẽ emancipato. Is, auo mortuo intestato, & post

& post Auum filio, potest omittere bonorum possessionem, quę sibi competeret ad bona patris consequēda, vel etiam potest, si fuerit à Patre institutus, repudiare ipsius hęreditatem, & accipere bonorum possessionem *undè liberi*, ex illa parte Edicti, *de coniungendis cum emancipato liberis eius*, per quā facultates Aui consequetur etiam pro ea portione, quę ad filium pertinere poterat, si bonorum possessionem, ipse, vel adgnoscere neglexerit, vel morte pręuentus non potuerit; nam etiā ea portio nepoti huic accrescit *l. si quis filium §. fin. ff. si tab. test. nulla extab.* Iste nepos ad facultates Aui perueniet beneficio bonorum possessionis. Nā sinè ea bonorum possessione, bona Aui non susciperet. Quamuis enim suus esset Auo, non posset tamen ad bona Aui tanquam suus Iure Ciuili admitti; Cum enim inter ius Ciuile, & Prętorium inter suum istum nepotem, & filium emancipatum pugna esset. De Iure enim Ciuili nepos solus erat admittēdus. De iure verò Prætorio rescissa emancipatione solus filius emancipatus, & olim solus emancipatus admitteretur, quià rescissa emancipatione, ipse in primo gradu reperiebatur; Cumque iniquum videretur, vt is omninò excluderetur qui Iure Ciuili suus futurus esset; à Iuliano Hadriani authoritate additum fuit Edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius, quo factum est, vt nepotes ità cum patre coniungantur, vt cum patre diuidant eā partem, quam ipse pater caperet, si nepotes non fuissent in potestate retenti, vt benè declarat, & obseruat Doctissimus Cuiacius ad *d. l. si quis filium ff. si tab. test. nullę extab. & ad l. 1. ff. de coniung. cum emancipat. lib. eius, & alibi etiam.* Quod quidem Edictum necessarium est nepoti, qui de Iure Ciuili non admittitur, sed potest duntaxat per bonorum possessionem ex illo Edicto bona Aui obtinere. Edicto

20 † autem deficiente nihil ei prodest, quod suus sit: nam Iure Ciuili non admittitur, vt probat in proposito elegātissimus textus *in l. pen. ff. de coniung. cum emancip. lib. eius*, vbi ponitur quis filium in potestate habens, adoptasse extraneum in locum nepotis, quasi ex eo filio nati, deindè emācipasse filium: quęritur an cum filio emācipato nepos coniungatur, & respondetur negatiuè: ratio illa redditur, *quia desijt emancipato esse ex liberis* (ità legitur in Pandectis Pisanis) nempè ideò nepos nō admittitur, quià deficiunt verba Edicti, quod coniungit nepotes cum liberis eius. At hic filio emancipato, cum quo non coniungebatur, nisi per adoptionem, quę emancipatione est dissoluta, desijt esse ex liberis, ergò ex Edicto non admittitur, ergò omninò excluditur.

Dices, potest fortè id procedere, vt necessaria sit nepoti bonorum possessio, si filius bonorum possessionē, & ipse adgnoscat. Verùm si filius eam qualibet de causa omittat, quid iam vetabit nepotem Iure Ciuili suum hęredem existere? Respondeo, nepotem non posse post omissam bonorum possessionem à filio suum fieri, qui statim mortuo Auo suus effectus non est: quę enim causa fuit impediendi, nè suus statim nepos efficeretur, eadem efficit, ne suus posteà efficiatur, cum vel statim Iure Ciuili deferenda ei sit hęreditas, vel nunquam. At nè statim deferretur prohibuit Prętor, vel melius prohibuit ipse Hadrianus, cuius authoritate Edictum perpetuum fuit compositum, & in specie Edictum illud de coniungendis cum emancipato liberis eius, vt benè diximus à Cuiacio obseruatum; ergò cum fuerit Iure Ciuili nepos exclusus, superest ei duntaxat auxilium edicti, etiam si posteà filius bonorum possessionem adgnoscere negligat, vel non possit; Quod quidem non aliundè melius probatur, quam ex hoc ipso textu, quem explicamus. Nā si nepos in potestate retentus de Iure Ciuili posset admitti, maximè postquam filius nō agnouit bonorum possessionem, falsum esset responsum istud, non posse nepotem suscipere facultates Aui, nisi id per bonorum possessionem consequatur. Nam, imò, & Iure Ciuili posset, postquam filius decessit emancipatus, fortè non adgnita bonorum possessione patris hæreditatem repudiare, & Iure Ciuili suscipere facultates Aui, cum tum primū Iure Ciuili ei deferretur, & acquireretur Aui hęreditas, nempè quod inciperet apparere, & certum esse non posse amplius

filium

filium bonorum poßeßionẽ adgnoscere. Dicendum ergò est omni casu nepoti necessariam esse hãc bonorum posseßionem ex Edicto de coniungendis cum emancipato liberis eius, ex qua id consequitur, vt Aui facultates suscipiat, repudiata patris hæreditate, & quoniam id consequitur per bonorum possessionem *vndè liberi*, optima ratione sub titulo, *vnde liberi* posita est hæc lex nostra.

Planè alio etiam casu fieri poterit, vt nepos, qui patris hæreditatem repudiauit, possit Aui facultates suscipere, nempè quoties deuentum fuerit ad bonorum possessionem *vndè cognati*. Nam si filius emancipatus, vel non adgnouerit, vel repudiauerit bonorum possessionem *vndè liberi*, & decesserit, si nullus fuerit adgnatus, poterit nepos rectè accipere bonorum possessionem *vndè cognati*, quam Prætor non rescissa capitis diminutione, sed iure sanguinis concedit *l.2. ff. vndè cognati*. Quinimò, & si etiam filio hęc bonorum possessio esset delata, & non adgnita, posset ex successorio Edicto nepos admitti *l. p. §. quibus ff. de successorio Edicto*, quod indubitatum existimo in filio emancipato, vt dixi, in filio autem suo iudicium suspendo.

Explicatur textus difficillimus in l. si duobus 14. §.fin.ff. dę Bonor. possess.con. tab. Cap. IX.

SVMMARIVM.

Bonorum possessio Edictalis qua sit. n.1.
Et quę Decretalis. n. 2.
Exempla Decretalis bonorum possessionis, vndè desumi possint n.3.
De Bonorum possessione Decretali agitur in d.l.si duobus §. fin. n.4.
Proponuntur duo casus, qui deciduntur in d. §. fin. & ad eas decisiones plures mouentur difficultates. num.5.
Accursij ad eum §. fin. refertur sententia. num.6.
Reijcitur. num.7.
Refertur Massini interpretatio. num.8.
Reycitur. num.9.
Refertur sententia Cuiacij quo ad primum casum d. §. fin. num.10.
Reprobatur. num.11.
Decretalis bonorum possessio cessat quoties quis ex sententia edicti potest admitti n.12.
Ad secundum casum d. §. fin. refertur Cuiacij expositio. num.13.
Refellitur. num.14.
Alia interpretatio Cuiacij refertur. n.15.
Reprobatur. num.16.
Subijcitur Authoris interpretatio num. 17. & seq.
Explicatur l. cum emancipatus §.1. ff. de bonor. poss. con. tab. num.18.
Explicatur l.fin. §. penult. ff. de leg. præst. con. tab. num.19.
Datus in adoptionem, etiam patre adoptiuo mortuo in eiusdem familia adoptiua manet. num.20.
Prętor ad bonorum possessionem liberos admittit rescissa capitis diminutione. n.21.

EX dictis in præcedenti capite intelligi potest textus *in l. si duobus* 14. §. *fin. ff. de bonor. possess. con. tab.* sed anteà duobus verbis præmittendum est, quęnam sit Edictalis, quæ Decretalis bonorum possessio.

Omissis Doctorum nostrorum ineptijs; vera est omnium eruditiorum sententia
1 bonorum possessionem † Edictalem illam esse, quam Prętor dare Edicto proposito pollicetur, quæ passim in titulis de bonorum possessionibus dicitur competere ex Edicto, dicitur accipi *l. p. §. sed & si ff. si tabula testam. nullę ext.* & ex Edicto dari *l. cum. mulier, l. quæritur ff. de Carbon. Edicto l. p. §. quibus ff. de successorio Edicto*, qualis est bonorum possessio secundum tabulas, contrà tabulas, vndè liberi, vndè cognati, vndè legitimi, & aliæ omnes, quas in suis Edictis Prætor se daturum pollicetur, ità vt appellatione Edictalis, non solum veniat ea bonorum possessio, quæ expressè verbis Edicti continetur, verum, & illa etiam, quæ ex sententia venit Edicti, sicut enim ex lege esse dicitur, quod ex mente legis est, & ex ipsius sententia, *l. nominis §. fin. ff. de verb. sign.* ità, & quod ex sententia Edicti est, ex Edicto esse rectè dicetur, vt probatur, *ex l. decessit 8. §. fin. ff. de Carbon. Edicto.*

Decreta-

2 Decretalis † verò bonorum possessio illa est, quam Prætor deficiente bonorum possessione Edictali, vrgente tamen æquitate, tribuit ex Decreto, quoties enim æquitas exposcit, ad decreta recurritur *l. in ambiguis* 85. §. *fin. ff. de reg. Iur.*

3 Exempla † huius bonorum possessionis deduci possunt *ex l. ventre ff. de acqu. hæreditate l.* 4. §. *fin. l.* 5. *ff. de bonor. poss. con. tab.* iterum *ex l. decessit in princ. ff. de Carb. edicto; Ex l. p. §. si ea quæ ff. de ventre in poss. mitt. l. penult. §. fin. ff. ne vis fiat ei*, & passim alia occurrunt.

4 De hac Decretali bonorum possessione textus est quẽ explicare proposuimus in *l. si duobus §. fin. ff. de bonor. poss. con. tab.* In quo duo ponuntur casus, in quibus Decretalis bonorum possessio est necessaria.

5 Primus † ille est. Filius à Patre in adoptionem datus est, qui in adoptiua familia vxore ducta filium suscepit, quem post mortem patris adoptiui emancipauit. Quæritur an possit iste nepos petere bonorum possessionem contrà tabulas Aui naturalis.

Respondetur petere posse ex Decreto. Sed cur decretum est necessarium? Non nè is, qui emancipatus est, & de adoptiua familia per emancipationem esse desijt, in eo statu esse incipit, quasi à parente naturali emancipatus esset? §. *At ij instit. tit. de hæred. quæ ab intest. defer. l. si emancipatus §. fin. ff. de bonor. poss. con. tab.*

Secundus casus est. Filius à patre suo fuit emancipatus, qui post emancipationem filium suscepit, & emancipauit. Inde se dedit in adrogationem. Quæritur, si filius iste, qui se dedit in adrogationem, mortuo patre adoptiuo, decesserit, an possit nepos (idest defuncti filius ille; quem idem defunctus emancipauerat; antequam se in adrogationem daret) ad bonorum possessionem admitti contrà tabulas, si fortè præteritus sit. Respondetur; dubitari non oportere hunc nepotem, & contrà Patris, & contrà Aui tabulas ex Decreto admitti; redditur ratio, *ne aliòquin ab omnibus bonis excludatur*. Hic plures occurrunt difficultates, nam in primis, cur opus Decreto ad hoc, vt iste nepos admittatur ad bonorum possessionem patris sui? Sufficit Edictum: iste enim nepos non fuit in adoptiua familia, vt hac ratione à bonorũ possessione contrà tabulas excludi posset, sed simpliciter fuit emancipatus, nec quod parens in aliam familiam transierit, quid potest efficere, nam ex eo nihil amplius dici potest, nisi quod pater alterius est familię. Sed talis etiam fuisset: quamuis se in adrogationem non dedisset. Prætereà, cur opus Decreto, vt iste nepos admittatur ad bonorum possessionem contrà tabulas Aui, cum certum sit istum de adoptiua familia nunquam fuisse? Augetur difficultas, quià quæritur eo casu, quo filius iam decessit, & sic nepotem istum non præcedit. Tandem quæ ratio illa est, quæ redditur cur ad bonorum possessionem contrà tabulas Aui admittatur nepos ex Decreto, *nè aliòquin ab omnibus bonis excludatur*. Quomodò potest excludi ab omnibus bonis, si admittitur ad bona patris sui? Ne ab omnibus bonis excludatur ad omnia vtriusque admittitur bona?

Videamus quid ad hunc textum dicant Doctores: Bartolus, & nostri textũ hunc non examinant, sed leuiter attingendo pertranseunt.

6 Accursius † quantum pertinet ad primum casum in nostro textu propositum, absurdum existimat, nepotem admitti ad bonorum possessionem contrà tabulas Aui ex Decreto; Et vt Iuris Consulti decisionem defendat, ponit nepotem fuisse ab Auo institutum, quo casu existimat posse bonorum possessionem contrà tabulas Aui petere ex Decreto.

7 Sed † aut vult Accursius nepotem istum habendum, quasi sit in aliena familia, aut quasi emancipatus, & perinde ac si in aliena familia numquam fuisset. Primo casu institutio operabitur, eum qui aliòquin admitti ex Edicto non poterat commisso ab alio Edicto, posse ad bonorum possessionem contrà tabulas ex Edicto venire *l. non putauit §. in adoptionem l. si in adoptionem ff. de bonorum possess. con. tab.* Secundo casu, qui potuisset venire, si præteritus fuisset, multò magis veniet institutus, si ab alio committatur Edictum *l. 3. §. si quis ex liberis, l. si duobus 14. in princ.*

in princ. ff. eodem tit.

8 Massinius † *ad Rub. C. qui admitti n.619.* asserit, nepotem illum emancipatum si ab Auo naturali fuerit præteritus, non posse habere bonorum possessionem cõtrà tabulas Aui ex Edicto, quoniã ab Edictali bonorum possessione repelluntur, tam naturales existentes in adoptiua familia, quam adoptiui emancipati *§. minus §. eadem instit. de hæred. quę ab intest.* Quià tamen ille nepos à patre existente in aliena familia post mortem Patris adoptiui fuit emancipatus; cum non possit succedere in bonis adoptiui Aui, iniquum videbatur, vt hæreditate quoque Aui naturalis fraudaretur, & ideo cessantibus etiam verbis Edicti ęquitate suadente Pretor eum ad bonorum possessionem contrà tabulas ex Decreto admittit.

9 In † hac ratione Viri aliòqui Docti, & de Iurisprudentia, benemeriti refutanda non insistam. Sed satis sit monere *in dd. §§.* à Massinio allegatis Adoptiuos emancipatos excludi à bonorum possessione contrà tabulas Patris adoptiui, ea ratione, quià adoptiui emancipati extraneorum loco esse incipiunt, quià ius, nomenq; filij, filięque, quod per adoptionem consecuti sunt, alia ciuili ratione, idest emancipatione perdunt *d. §. minus:* cęterum illi ijdem non excluduntur à bonorum possessione patris, vel Aui naturalis, imò nominatim admittuntur, dummodò antè mortem Patris naturalis fuerint emancipati, ità vt tempore mortis naturalis parentis in Adoptiua familia non sint *§. at ij, qui emancipati, & §. eadem instit. de hæred. quę ab intest.*

10 Iacobus Cuiacius † sincerę, & germanę Iuris prudentiæ Interpretum Princeps, satis diligenter explicat *§.* hunc nostrum in explicatione huius legis 14. ad Africanum; Et quantum pertinet ad istum primum casum, eam rationem adfert Vir doctissimus, quod ex Edicto illi tantum vocantur, qui eum essent in adoptiua familia à Patre, vel Auo adoptiuo Emancipati sunt. At nepos iste noster non fuit emancipatus ab Auo adoptiuo, sed Auo adoptiuo mortuo à suo Patre naturali, ergò cessante Edicto, & eius verbis, non potest ad Edictalem bonorum possessionem venire. Sed Pretor ex Decreto eum admittet, quià viuo Auo naturali à Patre suo naturali emancipatus est.

11 Verùm † nec ratio ista placet: Quamuis enim *in §. at ij instit. de hæred. quę ab intest.* dicatur filios, qui in adoptiua familia sunt, ab adoptiuo Patre emancipatos, dum adhuc pater naturalis viuit, admitti ad bona naturalis Patris, perindè ac si ab eo emancipati essent, nullibi tamen requiritur necessarium esse, vt à patre adoptiuo adhunc effectum, vt parenti naturali possint succedere, fuerint emancipati; ibi, quià supponitur in patris adoptiui potestate illos liberos esse, dicitur etiam ab adoptiuo patre emancipandos; cæterùm si contingeret, vt contigit in casu nostro, nepotem, qui in adoptiua familia erat recidisse in potestatem patris sui naturalis, & ab eo viuo auo naturali emancipatum esse; nulla ratio esset cur iste nepos ad bona Aui naturalis non admitteretur, quia verum esset tunc, quia emancipatus, desijsse in adoptiua familia esse. Et verò ad hoc vt illi, qui in adoptiua familia sunt, possint ad bona parentis naturalis admitti, sufficere eos viuo illo emancipatos esse, à quocunque emancipati sint, probatur *ex l. si emancipatus 6. §. fin. ff. de bonor. possess. cont. tab.* vbi idem ponitur casus, nempè filium emancipatum se in adrogationem dedisse, & apud patrem adoptiuum nepotem suscepisse; dicitur autem indistinctè eum, qui apud adoptiuum Auum procreatus est, si emancipatus sit venire ad bonorum possessionem Aui naturalis, & redditur ea ratio, quia adoptio tamdiù nocet, quamdiù quis in aliena familia est. Non requiritur *in d. §. fin.* emancipatum hunc nepotem esse ab Auo adoptiuo, sed dummodò emancipatus sit, inquit Iuris Consultus ad bonorum possessionem Aui naturalis illum venire, & ratio cur ad bona Aui veniat emancipatus, qui in adoptiua familia ea erat, comprehendit tam eum, qui ab adoptiuo Patre, quam illum, qui à naturali emancipatus est. Nempè, quià vterque æquè desinit

in adoptiua familia esse per emancipationem, ergò neutri nocere ampliùs debet adoptio, & id quod in adoptiua familia aliquandò fuerit. Præterea quamuis fortè verba Edicti mentionem fecissent de emancipato à parente adoptiuo, tamen, quià id factum esset eo supposito, quod fuisset ille in potestate adoptiui patris, non vt casus alij excluderentur, quibus is, qui in familia adoptiua esset ab alio, puta à naturali parente, qui, & ipse in adoptiua familia esset, emanciparetur, & cum eadem omninò ratio esset in eo, qui à parente naturali emancipatus esset, & de familia adoptiua dimissus, licet verba deficerent, tamen sententia adesset Edicti: ergò adhuc emancipatus à Patre naturali ex Edicto esset
12 admittendus. Quoties † enim adest sententia Edicti cessat Decretalis bonorum possessio, & ex Edicto datur, vt probatur *ex l. decessit §. fin. ff. de Carb. Edicto*, vbi filius emancipatus decessit relicto filio impubere. Is dicit se suum hæredem emancipato, & ad eius bona admitti vult. Pater emancipati contendit impuberem conceptum esse ante emancipationem, & sic in potestate sua esse: indè bona emancipati ipse vindicat.

Quæritur an impubes possit ex Edicto Carboniano admitti ad bonorum possessionem. Ratio dubitandi in eo est, quoniam Prætor ex Carboniano Edicto ei impuberi bonorum possessionem dare pollicetur, cui quæstio status sit, quod ex liberis esse negetur *l. p. ff. de Carb. Edicto in princ.* At in casu proposito, non negatur impubes ex liberis esse, sed duntaxat contenditur in potestate Aui illum esse, vndè videtur cessare Edictum. Respondetur tamen eum nepotem ex sententia Edicti admitti ex Carboniano. Si ex Carboniano, ergò non ex Decreto. Ratio autem est, quià licet verba Edicti deficiant, non deficit tamen sententia, quamuis enim non negetur, ille impubes ex liberis esse; fit tamen ei controuersia status, & negatur ex his liberis esse, qui possunt ad bona admitti, ergò cum ad effectum, de quò agitur ex liberis esse negetur, licet non negetur ex liberis esse absolutè: adest hoc casu mens, & sententia Edicti, ex quò nepos est admittendus, nec ad Decretum recurrere necessarium est.

Transeamus ad secundum casum, qui proponitur in *d. l. 14. §. fin. ff. de bonor. poss. con. tab.* Nullum ego vidi iuris Authorem, qui secundam hanc facti speciem examinet, & qui inquirat cur in secundo hoc casu Decreto opus fuerit si vnum excipias Cuiacium *in hac l. nostra ad Africanum*, & rursus ad titulum *ff. de bonor. poss. con. tab.*

13 Iste † ad Africanum nepoti emancipato, ideò dari bonorum possessionem contrà tabulas patris, qui se dederat in adoptionem, indè sui Iuris factus fuerat, existimat; quòd in alia familia sit filius, in alia Pater, nam, & si Pater, qui se dederat in adoptionem, sui Iuris fuerit effectus morte Patris adoptiui, tamen mansit in eius familia *l. verum ff. de bonorum possession. contrà tabulas*. Itàque ex Edicto filius non potuit ad Patris bona venire, sed necessarium erat Decretum ex Iuliani sententia *l. si pater se dederit ff. eodem tit.* cuius opinionem sequitur Africanus. Rursus ad bonorum possessionem contrà tabulas Aui opus fuit, ex Decreto nepotem admitti, quià ponendum est (inquit Cuiacius) fuisse filium, qui in adoptiua familia erat, ab Auo institutum, ergò cum nepotem filius præcederet, non poterat ex Edicto nepos preteritus accipere bonorum possessionem contrà tabulas, sed tamen, quia nepos plus Iuris habebat filio in bonis Aui, vt potè qui admissus esset ex Edicto de Iure Prætorio, nisi filius fuisset institutus, filius verò, vtporè qui in aliena erat familia, erat omninò, & Iure Ciuili, & Iure Pretorio incognitus; æquum fuit, vt cum filio nepos iste coniungeretur Decreto, argumento *l. emancipato ff. de coniungendis cum emancip. lib. eius*. Addit Cuiacius ideò huic nepoti bonorum possessionem contrà tabulas Aui dari ex Decreto, nè alioqui in ab omnium bonis excluderetur, quià ex Edicto à bonis Patris excluditur, vt idem anteà dixit Cuiacius, ergò, & excluderetur à bonis Aui, nisi ei daretur bonorum possessio contra tabulas Aui, quia bona Aui nó potest consequi, nisi per patrem *l. si ex*

si ex patronis 10. §. p. ff. de bonis libert.

14 Sed Cuiacij † expositio ex multis reprehendi potest: nam filius emancipatus in ea facti specie, de qua nunc quærimus, videtur non indigere Decreto ad hoc vt possit ad bonorum possessionem contrà tabulas Patris sui admitti, quamuis pater in aliena familia sit, nã pater se dando in adrogationem nullum filio patrem adsignat, ideò Iuliani sententia reiecta, hæc recepta est, vt possit filius ex Edicto bonorum possessionem contrà tabulas patris petere *l. si pater se dederit. l. 3. §. si pater ff. de bonor. poss. con. tab.* & cum vetuerit Iustinianus contrarias Iuris Consult. sententias in Pandectas à Compilatoribus adferri, sed omnem voluerit legum contrarietatem abesse, omnique studio remoueri; non ità intelligere nos oportet Africanum, vt Antinomiam inducamus. Præterea nec ea ratione, quam adfert Cuiacius, videtur requiri decretum ad hoc, vt nepos ille ad bonorum possessionem contrà tabulas Aui admittatur: nam in primis nullum verbum de institutione filij, quæ ideò non est, cur effingatur, & adeò legis sententia restringatur. Et quamuis filius esset institutus, tamen prætor eum Decreto ad bonorum possessionem Aui non admitteret, quoniam nunquam Prætor admittit nepotem, dum filius ipse admitti potest. Nec quid facit, quod nepos plus Iuris videatur apud Prętorem habere, vt hac ratione cum filio sit coniungendus. Nam imò si filius sit institutus plus Iuris habet nepote, & quia filius, & quia institutus, & quia tanquam institutus remedia Prætoris, & ipse habet; & Iure Prætorio perindè habetur ac si in aliena familia non esset: vndè bonorum possessionem, & ipse contra tabulas ab alio commisso Edicto petere potest *l. non putauit §. in adoptionem ff. de bonorum possession. contrà tab.* Nullum autem argumentum deduci potest ex *l. emancipato ff. de coniungendis cum emancip. lib. eius.* quę nihil habet cum hac facti specie commune: ibi enim etiam qui sunt in potestate Aui admittuntur ad bona Patris, quia æquè filij sunt, pro vt & post emancipationem suscepti; nec quid obest, quod sint in Aui familia, nam non ideò in aliena familia videntur esse *l. fin. ff. de bonor. poss. con. tab. l. 3. §. si quis filio ff. eodem*. At in casu nostro agitur de rescindendo testamẽto, in quò filius est institutus, agitur de filio excludendo, vt nepos ex eo admittatur, quod vtiquè, nec Prætoriæ intentioni, nec æquitati conuenit.

Tandem nec bona illa ratio est, quam adfert Cuiacius, cur admittatur iste nepos ad bonorum possessionem contra tabulas Aui, nè scilicet ab omnium bonis excludatur, quoniam à bonis Patris Edicto excluditur. Nam constat ex dictis à nobis à bonis Patris filium Edicto non excludi. Et quamuis excluderetur Edicto, tamen cum Decreto ad bona Patris admittatur, vt dicitur in textu, non bona ratio est cur rursus admittatur ad bonorũm possessionem contra tabulas Aui, *nè ab omnium bonis excludatur*. Nam à bonis Patris non excluditur, cum ea consequatur ex Decreto; Et verò vt dicebam, ne ab omnium bonis excludatur; omnium bona ei danda sunt?

15 Non est omittenda alia interpretatio, quam adfert idem vir doctissimus ad *d. l. 14. in tit. ff. de bonor. poss. con. tab.* ibi ponit, Patrem huius emancipati decessisse ante Auum, quo casu inquit necessarium esse Decretũ ad hoc, vt nepos possit admitti ad bon. pőss. contra tab. Aui, quia ex Edicto non potest. Rationem autem eam adfert: quia cũ iste nepos primũ admissus fuerit ad bonorum possessionem cõtra tabulas Patris, sinè dubio admissus est, rescissa emancipatione, & quasi in potestate, & familia Patris sui fuerit, ergò si postea Auus decesserit non poterit ad bonorum possessionem ipsius venire, cum pro eo habeatur, qui in familia Patris, & sic in aliena familia sit.

16 Sed † nec magis ista est à nobis recipienda: Nam si fortè vno, & eodem tempore, eodem instanti ad vtriusque bonorum possessionem admitti nepos deberet, posset fortè illa ratio procedere; sed cum primùm nepos admissus sit ad bona Patris, quãuis per fictionem, & rescissionem, fictio illa non retinetur postea, cum agitur de bonis Aui: fictio enim illa fit,

vt magis nepos admittatur, non vt excludatur *l. 3. §. si emancip. ff. de bon. poss. con tab.* Ad effectum, vt filius ad bona patris admittatur, in actu admittendi eum, fingit Prætor filium in ipsius potestate fuisse mortis tempore. Cæterum veritas non immutatur, nec eam fictionem retinet Prætor, nec vlla causa est cur eam retineat, quandò agitur de nepote ad bona Aui admittendo.

17 Superest † itaque, vt nostram adferamus sententiam. Ergò pro intellectu *nostri §.* & casuum in eo propositorum, animaduertendum est, Prætorem illis dare bonorum possessionem, qui nisi obstaret capitis diminutio de Iure Ciuili nullum facerent testamentum, & ad hæreditatem admitterentur, & qui antè se nullum habent, qui in gradu præcedat *l. 1. §. 1. l. 3. §. si filium ff. de bonor. possess. contrà tab.* At verò in casibus propositis *in l. si duobus 14. §. fin. quem explicamus* semper emancipatus patrem habet qui illum præcedit, & adeò rescissa capitis diminutione in primo gradu nepos non reperiretur: Hac ratione ex Edicto admitti non potest, sed opus est Decreto. Admitti uerò hac ratione ex Edicto non posse

18 † probatur ex *l. cum emancipatus ff. de bonor. possess. con. tab.* quo textu vsi fuimus etiam in præcedenti capite. Habebat quis duos filios, & ex eorum altero nepotem. Hunc nepotem dedit in adoptionem, & hoc eodem instituto alterum filium præterijt. Certum est, instituto in adoptionem dato à parente naturali, semel ab alio commisso Edicto dari bonorum possessionem contrà tabulas perinde ac si ille duntaxat esset emancipatus, non in aliena familia esset *l. si in adoptionem & non putaute §. in adoptionem ff. de bonorum possession. contrà tabul.* Et tamen huic nepoti viuente filio tempore, quo Auus decessit bonorum possessio contrà tabulas non datur *d. §. 1.* nempè quia Pater eum præcedit, nec ideò potest accipere bonorum possessionem contrà tabulas. Con-

19 firmatur † in terminis nostris ex *l. fin. §. penult. ff. de leg. præst. con. tab.* Quidam filium suum dedit in adoptionem, qui in adoptiua familia filium suscepit, eundemq; nepotem eius, qui filium in adoptionem dedit. Auus nepotem hunc instituit hæredem, alterum filium in emancipatum præterijt. Quærit Iuris Consultus, num habet nepos ex Edicto bonorum possessionem? Quæstioni non respondet, sed subdit, hunc nepotem tuendum exemplo liberorum, & parentum, quibus legata præstare coguntur, qui bonorum possessionem contrà tabulas acceperunt. Vndè intelligimus, negare Iuris Consultum ex Edicto huic dari bonorum possessionem. Cur verò bonorum possessionem ex edicto hic non habet? Sanè non alia ratio est, nisi quià, si rescindatur capitis diminutio cum pater præcedet, & is non erit, qui si nulla capitis diminutio intercessisset, posset de Iure Ciuili nullum facere testamentum, & ad hæreditatem admitti.

Eadem ratione in *d. l. si duobus §. fin.* non potest ex Edicto nepos admitti, quià rescissa capitis diminutione non reperitur in primo gradu, cum pater eum præcedat.

Itaque in primo casu, qui in *dicto §. fin.* proponitur, nempe filius in adoptiua

21 familia, vxore ducta, & suscepto filio, illum eundem post mortem Patris adoptiui emancipauerit, non potuit filius, qui in adoptionem fuerat datus ad bonorum possessionem cōtrà tabulas venire: Quā-

20 uis enim pater adoptiuus esset iam mortuus, tamen mansit in eiusdem familia, & exijt quidem per mortem Patris adoptiui de eiusdem potestate, sed citrà capitis diminutionem *l. 3. §. fin. ff. ad Sena. Con. Maced.* Itaque, quià in eiusdem mansit familia *l. utrum ff. de bonor. possess. con. tab.* non potuit petere bonorum possessionem contrà tabulas *l. non putauit §. in adoptionem ff. de bon. poss. con. tab.* Nepos autē ex eo in eo statu est, ac si ab Auo naturali esset emancipatus, & quasi etiam esset in primo gradu, nec vllus eum præcederet, quià filius existens in adoptiua familia inter liberos non connumeratur Patris naturalis, nec ex liberis esse creditur; in effectu enim filius iste ad contrà tabulas bonorum possessionem Patris venire non potest. Cæterum non ideò nepos potest ipse ex Edicto bonorum possessionem contrà tabulas Aui petere.

Cum

21 Cum † enim soleat Prætor admittendo liberos ad bonorum possessionem rescindere capitis diminutionem, aut saltem, quasi rescissa, bonorum possessionem dare *l. sed cum Patrono. §. p. ff. de bonor. poss. l. 3. §. si emancipatus. ff. de bonor. poss. con. tab.* constat, si capitis diminutio rescinderetur in eo statu nepotem esse, vt admitti non posset. Nempè quia Pater eum præcederet. Ergò necessarium est Decretum ea vigente æquitate, quod Pater pro eo habendus sit, quasi non extaret, vt potè, qui admitti ad Aui bonorum possessionem contrà tabulas, licet præteritus nullo modo possit.

Quantùm pertinet ad secundum casum eadem omninò est ratio. Sed animaduertendum est, quod dicitur in *d. §. fin.* Decreto nepotem admitti, referendum duntaxat ad eum casum, quandò nepos petit bonorum possessionem contrà tabulas Aui, non etiam quandò contrà tabulas Patris. Nam contrà Patris tabulas ei bonorum possessio competit ex Edicto *l. 3. §. si Pater l. si Pater se dederit ff. de bonor. poss. con. tab.* Ergò in secunda facti specie duæ quæstiones resoluuntur. Prima est nepotem ad Patris sui bonorũ possessionẽ contrà tabulas admitti; Et ad hanc non est referendũ quod dicitur Decreto admitti, sed illud Decretum restringendum ad eum casum, quãdò nepos petit bonorum possessionem contrà tabulas Aui. Ad bonorum possessionem contrà tabulas Patris sui admittitur ex Edicto. Planè non solum iste nepos admittitur ad bonorum possessionem contrà tabulas patris sui, sed etiam ad bonorum possessionem contrà tabulas Aui, & quidem absolutè, etiam si Pater viuat, qui in aliena, & adoptiua est familia, sed hoc casu indiget Decreto. Ratio est quam in primo casu adferebamus, quia si rescindatur capitis diminutio filius hunc nepotem præcedet, & sic ex Edicto non poterit nepos admitti, sed æquitate vigente quod filius in aliena sit familia, & non possit ipse admitti Prætor nepotem hunc admittet ex Decreto. Cæterùm si filius decessisset nepos ad bonorum possessionem Aui admitteretur ex Edicto, nec opus esset decreto; Nam, neq; iste nepos in aliena est familia, nec vmquam fuit, neque ab vllo præcederetur, si pater prædecessisset. Ergò responsum illud generale, generaliter est intelligendum, vt nepos ad bonorum possessionem contrà tabulas Aui admittatur si sit præteritus etiam viuente filio, propter quem casum adijcitur Decreto eum admitti. Nequè enim dici potuit simpliciter admitti, & ex Edicto, cum eo casu opus sit Decreto. Quo eodem casu Ratio, quæ redditur cur Decreto nepos admittatur ad bonorum possessionem contrà tabulas Aui optima est, quæ ad hunc solum casum non ad vtrumque est referenda, nempè *ne alioquin ab omnium bonis excludatur*. Nam si nepos ad bona Aui per bonorum possessionem contrà tabulas non admitteretur Decreto, eo casu, quo filius adhuc viuit, & in adoptiua familia est, & ad quẽ casum ratio illa est referẽda, facillimè ab omnium bonis excluderetur. In primis à bonis Aui si Prætor ei non succurreret Decreto. Iterum, & à bonis Patris, si fortè Pater in adoptiua familia sinè bonis decederet, id est adhuc viuo Patre ipsius adoptiuo, in cuius esset potestate. Ergò ne ab omnium bonis excludatur, fortè patre decedente filiofam., æquum fuit eum Decreto ad bonorum possessionem Aui contrà tabulas admitti. Et hic, meo iudicio verissimus est intellectus textus alioqui difficillimi.

Qua ratione Prætor Posthumum alienum ad bonorum Possessionem secundum tabulas admiserit, qui Iure Ciuili ab Hæreditate repellebatur. Ad Inst. tit. de bonor. possess. in princ.

Cap. X.

SVMMARIVM.

Bonorum possessio his non datur, qui lege succedere prohibentur. n. 1.

Posthumus suus olim rectè institui posuit num. 2.

Milites, & ipsi incertis personis relinquere fuerant olim prohibiti. num. 3.

Post-

Posthumis alienis prohibitum fuit relinquere, quod incerta essent persona. n. 4.
Prætor, quo sensu dicatur induxisse bonorum possessionem Iuris Ciuilis emendandi gratia. num 5.
Cur posthumum alienum Prætor ad bonoru possessionem admittat licet Iure Ciuili non posset institui, refertur Accursij sententia. num. 6.
Reprobatur. num. 7.
Testator non potest efficere, quin leges in suo testamento locum habeant. num. 8.
Testatori data est latissima potestas de rebus suis disponendi. n. 9.
Refertur interpretatio Cuiacij. num. 10.
Reprobatur. num. 11.
Posthumus alienus à lege ad hæreditatem, & olim vocabatur. num. 12.
Resoluitur ab Authore proposita difficultas. num. 13. & seq.
Interpretatione Prudentum latissima potestas disponendi à legibus 12. tab. data, fuit restricta. num. 14.
A Prudentibus effectum, nè Posthumus posset institui. num. 15.
Et qua ratione. num. 16.
Post humus homo non est, nec animal; sed spes animantis, & portio viscerum Matris. num. 17.
Qua ratione incertas personas institui non posse Prudentes induxerint. num. 18.
Testator alieno arbitrio dispositiones suas committere non potest. n. 19.
Post humus suus cur olim posset institui. n. 20.
Cur miles incertam personam olim instituere non posset. num. 21.
Miles deportatum rectè hæredem instituebat. num. 22.

VIdi apud multos dubitatum, qua ratione Prætor ad bonorum possessionem secundum tabulas admiserit posthumum alienum, qui de Iure Ciuili capere hæreditatem non poterat *instit. tit. de bonor. poss. ff. in princ.*

1 Cũ † enim dicatur toties cessare bonorũ possessionem, quoties lex, vel Sen. Consul. tum, vel Constitutio capere hæreditatem prohibet *l. non est ambigendum §. fin. ff. de bon. poss.* Videbatur dicendum, non potuisse Prætorem Post humo bonor. possessionem dare, qui Iure Ciuili ex institutione capere hæreditatem non poterat. Quod sanè non alia ratione fieri videbatur, quàm quia capere erat prohibitus. Cum enim legibus XII. tabularum latissima cuiq; ad libitum disponendi data esset facultas, nulla ratio esse potuisset, cur Posthumus institui non posset, nisi nominatim institui fuisset prohibitus. Cum

2 † enim videamus, olim etiã Posthumum suum rectè institui potuisse *l. placet ff. de lib. & posth. l. commodissimè ff. eodem titulo* æquè dicendum esset potuisse etiam alienum, nisi alienus nominatim fuisset prohibitus, quod si prohibitus fuit, & non obstante ea prohibitione à Prętore fuit admissus, falsum est quod dicitur *in d. l. non est ambigendum ff. de bonor. possess.*

Secundo Posthumum alienum fuisse olim prohibitum capere hęreditatem,

3 probatur, quia † constitutione Adriani nominatim prohibitum est, ipsis etiam militibus incertis personis relinquere *instit. tit. de leg. §. incertis*, ergò & militibus similiter prohibitum est relinquere Posthumis alienis, quibus non alia ratio-

4 ne † non licet relinquere, nisi quod ipsi incertę sint personæ, vt testatur Theophil. *ad §. incertis instit. tit. de leg.* Quod si, & milites ipsi prohibiti sunt instituere posthumos, multò magis prohibiti sunt Pagani.

Fatentur omnes, Prætorem, eum non admittere ad bonorum possessionem, qui Iure Ciuili hęreditatem capere prohibetur, & sic veram esse decisionem *d. l. non est ambigendum ff. de bonor. possess.*

5 Quamuis † enim dicatur, Prętorem ius bonorum possessionis induxisse iuris veteris emendandi gratia *dicto tit. instit. de bonor. possess. in princ.* tamen ità emendare intelligitur Prętor, dum ea, quæ à Iure Ciuili sunt omissa supplet, & dum eos, qui Iure Ciuili erant incogniti ab bonorum possessionem admittit, & hoc duntaxat sensu Prętor dicitur emendare, dum scilicet supplet, vt probatur *ex §. Media instit. tit. de legit. adgnat. success.* Nam dum Prætores inducunt bonorum possessionem vnde cognati, dicuntur asperitatem Iuris Ciuilis corrigere *siuè quod deerat implere*; quod verius est, Prętores enim eam bonorum possessionem

indu-

inducendo, implerunt, quod deerat, cum certum sit olim cognatos non fuisse hęreditatem accipere prohibitos, sed duntaxat incognitos fuisse, & non vocatos,

Confirmatur *ex §. 1. instit. tit. de Sen. Consf. Orph.* Cum enim Sen. Conf. Orph. filius, & filia essent admissi ad Matris hęreditatem, nepotes verò, & neptes ad Auiæ hæreditatem non vocarentur, inquit Iustinianus, Constitutionibus principalibus emendatum id esse, & constitutum, vt nepotes, & neptes ad similitudinem filiorum, filiarumque vocarentur. At Constitutiones illę principales, non aliquid innouarunt ad correctionem Senatus Consulti contrà id, quod Sen. Consf. cautum esset, sed suppleuerunt id, quod Sen. Consulto Orphiciano fuerat omissum, nempè, vt nepotes, & neptes, & ipsi ad Auię hęreditatem admitterentur. Rectè verò Prætor, dum Ius Ciuile supplet, dicitur corrigere, & emendare; quià supplendo, aliqua etiam ex parte emendat. Dum enim (exempli gratia) bonorum possessionem, siuè contrà tabulas, siuè vndè liberi dat emancipatis, in eo corrigit Ius ciuile; vt sui, id est filij illi, qui in potestate sunt, non totum consequantur, quod eis Iure Ciuili, & legibus 12. tabularum conceditur, sed diuidere cogantur cum emancipatis, quos Pręor aduersus Ius Ciuile defendit *§. emancipati instit. tit. de hęredit. quę ab intest. defer. l. filium § rectè ff. de bonor poss. con. tab.* Sic etiam Pręor emancipatos admittendo excludit adgnatos, qui non aliter ex legibus 12. tabularum admittuntur, quàm si emancipati non adsint, vel negligant bonorum possessionē petere. *Instit. tit. de legit. adgnat. success. in princ.* ergò leges 12. tabularum adgnatos excludendo impugnat; ergò eo sensu corrigere Ius Ciuile rectè dicitur, licet nullum admittat ad bonorum possessionem, qui nominatim sit prohibitus.

Qua igitur ratione ad bonorum possessionem secundum tabulas Prætor admittit Posthumum alienum, qui Iure Ciuili instituì non potest, & adire ex testamento hęreditatem prohibetur? *dicto instit. tit. de bon. poss. in princ.*

6 Accursius † *in dicta l. non est ambigendum §. fin.* eam rationem reddit, quià Prætor bonorum possessionem non dat illis, qui capere hæreditatem prohibentur. Sed Posthumus alienus talis non est; ei enim lex, & Ius Ciuile non adsistit, sed non resistit; his verò, quibus lex non resistit Prætor dat bonorum possessionem, vt sunt emancipati, & cognati. Quam Glossæ rationem comprobat Bartolus *ad eamdem l. non est ambigendum*, qui tamen dum clarius (vt ipse dicit) Glossæ responsionem nititur explicare, nescio quid addat, & distinguat inter prohibitionem legis, & Prætoris prohibitionem, vt qui à lege est prohibitus, non possit à Prætore admitti, secus si quis propter delictum ab ipso Pretore prohibitus sit, nam iste ab eodem Pretore ad bonorum possessionem admitti poterit.

7 Verùm † interpretationi Accursij obstat, quod ab initio dicebamus; Si enim Posthumus is est, cui lex non resistit, cur non poterit à testatore institui, cui latissima data est potestas ad libitum disponendi? Ea ratio rectè procedit in his, qui ab intestatò succedunt, nam si agatur de his quibus lex non adsistit, sine dubio ij non poterunt admitti, quià à lege non sunt vocati, quamuis lex non resistat; ad hoc enim, vt à successione repellantur, sufficit eis legem non adsistere, & eos nō vocare. At hæc ratio non æquè procedit in his, qui vocantur à testatore; quamuis enim his lex non adsistat, sufficit illis adsistere testatorem, qui † quidem efficere non potest, quin in suo testamento leges locum habeant *l. nemo ff. de leg. 1.* Sed
8
9 † si à lege expressè in aliquo non prohibeatur, habet ab eadem latissimam facultatem *l. verbis legis ff. de verb. signif. §. disponat. Auth. de nuptijs*. Prætereà expressè lex prohibet, incertas personas, & sic etiam Posthumum alienum institui, aut saltem Constitutionibus prohibitum est, vt probatum fuit ex *d. §. incertis* de Adriani Constitutione. Quantum spectat ad Bartoli declarationē. Vel liber meus est in sui lectione deprauatus; vel non video, quid ad rem hanc faciat Bartoli illa declaratio: sit enim est ad hoc, vt quis à bonorum possessione repellatur, vt lege,

Sen.

Sen. Conſ. vel Conſtitutione ille Iure Ciuili capere hęreditatem prohibeatur, prout Poſthumum ipſum prohiberi intendimus.

10 Iacobus † Cuiacius eamdem ferè, & ipſe adfert reſponſionem *ad d. l. non eſt ambigendum ad tit. ff. de bon. poſſ.* Nempe (inquit) Poſthumus alienus non eſt nominatim capere prohibitus, ſed incognitus ob id ipſum, quod non eſt, ideò Prętor eum admittendo ſupplet, non impugnat
11 Ius Ciuile. Sed † Cuiacio obſtant ſupradicta: & præterea falſum videri poteſt, quod ipſe dicit Poſthumum alienum le-
12 gibus eſſe incognitum: nam † imò legibus eſt valdè cognitus, vt potè qui ad eā hæreditatem, quę legibus defertur admittitur *l. Titius in fine cum l. ſequ. l. 3. §. vtique ff. de ſuis, & legit. l. penult. ff. de leg. 1. l. 3. l. 16. ff. de iure codicill. l. extraneo ff. de ventre in poſſ. mitt.* Cum ergò legibus cognitus ſit Poſthumus alienus, tantò magis neceſſarium eſt dicere ſpecialiter prohibitum teſtatoribus Poſthumos inſtituere, aliòqui cur inſtituere non poſſent eos, quos etiam lex ipſa ad ſucceſſionem admittit?

Ego non valdè ab Accurſio, & cęteris Doctoribus diſſentio, ſed difficultatem omnem in re declaranda poſitam exiſtimo.

Itàque res altius eſt repetenda. Tem-
13 pore † legum XII. tabularum potuiſſe patremfamilias Poſthumum hæredem inſtituere, non dubito, vt enim dixi latiſſima fuit his legibus data poteſtas, quæ
14 † tamen poſteà interpretatione potiſſimū fuit coanguſtata *l. Verbis legis 120. ff. de Verb. Sign.* Inter multa verò, quę Prudentū interpretatione reſtricta, & immutata
15 fuerunt, & † hoc etiam fuit, vt alienus Poſthumus inſtitui nō poſſet, nec ei quid poſſet relinqui, vt probatur ex Theoph. *inſtit. tit. de hered. inſtit. ad §. ſeruus autem alienus* vbi tradit Veteres prohibuiſſe alienum poſthumum inſtituere à quibus ſcilicet Veteribus Prudentibus erratum legum 12 tabularum, quę Poſthumum admittebant, fuit correctum, vt idem aſſerit Theophil. *ad tit. de bonor. poſſ. in princ.*
16 Ea autem † ratione mouebantur Veteres Iuris prudentes, quod Poſthumus incerta eſſet perſona, vt teſtatur Theoph. *ad §. poſthumo inſtit. tit. de leg.* qui poſthumum alienum ſimilem incertæ perſonę dicit, fortè ſimilem, quià poſthumus
17 † nec perſona dici poteſt, qui in rerum natura non eſt, nec homo eſt *l. 9. ff. ad l. Falcid.* nec animal eſt, ſed ſpes animantis *l. 2. ff. de mortuo infer. l. 1. ff. de ventr. in poſſ. mitt.* & portio eſt viſcerum matris *l. p. §. 1. ff. de ventr. inſpic.* Et probatur ex eo, quià Iuſtinianus *in d. §. incertis inſtit. de leg.* Poſthumum refert inter perſonas incertas. Et ratio etiam conuincit, cum enim ignoretur, an poſthumus ſit naſciturus, nec nè, an vnus, an plures, an maſculus, an fœmina; ſine dubio in-
18 certa perſona eſt. Ea autem † ratione incertas perſonas inſtitui non poſſe volebant Prudentes, *quod certum eſſe debeat conſilium teſtatoris*, quam rationem reddit Vlp. *in fragm. tit. 22. qui hered. inſt. poſs. in §. incerta perſona*, reddit etiam ipſe Iuſtinianus *in §. poſthumo quoq; verſ. ſed nec huiuſmodi inſtit. tit. de leg.* in illis verbis, *quià certo iudicio debet quis poſteritati ſuæ cauere*. Satis † enim conſtanter
19 Veteres decreuerant teſtamentorum iura ex teſtātis certo iudicio pendere, ideòque alieno arbitrio diſpoſitiones ſuas teſtantes remittere non poterant *l. illa inſtitutio in princ. ff. de hered. inſtit.* Cum itàque ea ratione mouerentur Prudentes, magis probatur nulla lege, Conſtitutione, vel Senatus Conſ. poſthumum alienum prohibitum fuiſſe inſtitui. Quod ſufficeret, vt rectè, & ſine reprehenſione procederet textus *in princip. inſtit. de bon. poſs.* quamuis enim prudentium interpretatione Poſthumus alienus nominatim inſtitui prohibitus eſſet, tamen ſecurè reſponderi poſſet, Prætorem noluiſſe attendere Prudentum interpretationes; ſed duntaxàt illos noluit admittere, qui lege, Senatus conſ, Principum Conſtitutione ſuccedere prohiberentur. Cęterùm, nec Prudentum vnquam interpretatione Poſthumus inſtitui prohibitus eſt, nec alia quæuis incerta perſona; ſed duntaxat eſt poſthumi, incertęue perſonæ inſtitutio, non ex perſonæ incapacitate, ſed ex vitio voluntatis teſtantis,

tis, improbata, cum enim incertum consilium esset illius, qui incertam personam instituebat, arguebant Prudentes huius perfectam non esse, & firmam voluntatem, & eo colore quasi deficeret voluntas, nullam esse Posthumi alieni institutionem persuadebant. Qua ratione, vt mox dicemus, nec miles ipse incertæ personæ poterat relinquere. Dum ergò Prætor Posthumum alienum ad bonorum possessionem *secundum tabulas* admisit, non illum admisit, qui aliquo Iure prohibitus esset institui, sed minus perfectum, minus certum consilium testantis admisit: quamuis enim ignoraret testator, quis esset nasciturus, certò tamen, & constanter voluit illum admitti, qui nasciturus esset, quicumque ille esset: ergò eam voluntatem, quā ex incertitudine vitiosam veteres existimabant Prætor admittebat: nullam verò personam admittebat, quæ aliquo Iure prohibita esset succedere.

Ex hac declaratione resoluuntur, quę in contrarium fuerunt allata ab initio; nam patet, qua ratione non possent institui Posthumi, licet latissima esset data potestas cuilibet de rebus suis disponendi: nempè Prudentum interpretatione id factum est vt inualida esset institutio, non quod incapax esset persona, sed eo colore, quod defectus esset voluntatis.

20 Iidem † tamen Prudentes institutionem Posthumi sui eo non obstante defectu admiserunt, quod suus, nisi se vel institutum, vel exhæredatum inuenirет agnascendo rumperet *l. 1. l. 3. l. certum ll. posthumus ff. de iniusto rupto:* Itàque non obstante ratione incertitudinis receptum fuit, vt posset institui *l. placet cum ll. sequ. ff. de lib. & posth.* vel exhæredari, nè rumperet *l. 3. in princ. & passim ff. de lib. & post.* Id verò vtilitatis, & necessitatis causa receptum fuit: & fortè etiam ea ratione, quoniam Prudentes in personis incertis damnabant incertum iudicium testatoris. At posthumus suus non tam ex iudicio testatoris admitti videbatur, si esset institutus, quam legis potestate, cum Dominus etiam esset viuente Patre, ità vt potius dominium in isto cō. tinuari, quam hæreditatē acquiri videatur *l. in suis ff. de lib. & posth.* Nam, & si fuisset præteritus sibi legis potestate hæreditatem vindicasset.

Secundum etiam obiectum nō obstat, videlicet ipsum etiam militem incertę personę relinquere fuisse prohibitū constitutione Adriani; Nam † ex hoc magis confirmatur, incertas personas non fuisse tāquam incapaces institui prohibitas. 21
Aliòquin eas miles potuisset instituere, qui cum nuda voluntate testaretur, nec solemnitates Iuris Ciuilis, nec Ius ipsum Ciuile in testando attenderet *l. 1. & toto tit. ff. de milit. test.* Etiam † deportatum 22
rectè hæredem instituebat, vel alio quouis titulo ei relinquebat *l. neque enim § 1. de milit. test. l. si deportati § 1. ff. de leg. 3.* Sed ideò ab Adriano, nec ipsos milites posse incertas personas instituere, fuit constitutum, quoniā cum eo colore placuisset Prudentibus institutionem earum personarum esse inutilem, quòd esset in voluntate defectus, non minus debebat vitiari institutio à milite facta, quàm à Pagano, licet enim miles nuda voluntate testetur, tamen eo casu voluntas deficere videbatur, & ideò nulla existimanda erat institutio, nam testamenta militum, in quibus defectus est voluntatis, non attēduntur *l. Diuus Traianus ff. de milit. test.*

De Sententia l. hi demum 6. ff. de bonor. possess. secund. tab. Demonstratur non repugnare decisioni l. 2. §. si sub conditione ff. eodem tit. Cap. XI.

SVMMARIVM.

Hæreditas sub conditione data non potest adiri, nisi impleta conditione. n. 1.

Bonorum possessio secundum tabulas, etiam pendente cōditione adgnosci potest. n. 2.

Legittimus heres, qui inutiliter adgnoscit bonorum possessionem secundum tabulas, defenditur à Pretore. n. 3.

Bonorum possessio sub conditione instituto ità datur, si vtiliter sit institutus. n. 4.

Filius suus sub cōditione casuali institutus, cur interim petere possit bonorum possessionem, refertur Accursij responsio n. 5.

H Repro.

Reprobatur. n. 6.
Refertur expositio Cuiacij. n. 7.
Reprobatur. n. 8.
Resoluitur ab Authore difficultas. n. 9.

INter multas differentias, quę obseruari possunt inter hęreditatem, & bonorum possessionem, ea quoque recenseri potest,
1 quod † hæreditas sub conditione data non potest, nisi existente conditione, adiri; pendente verò conditione frustrà hęres institutus hæreditatem adiret, quæ nondum sibi esset delata *l. his qui heres ff. de acq. hared.* At † verò bonorum posses-
2 sio etiam instituto sub conditione, interim pendente conditione, rectè datur *l. 3. §. si sub ea conditione ff. de bonor. poss. contr. tab. l. si seruus ff. de bonor. poss. sec. tab.* ità tamen, vt deficiente conditione, bonorum possessio inanis, & sine re
3 constituatur, nisi † ab eo esset bonorum possessio adgnita, qui, & ab intestatò esset successurus; nam is omninò defendendus est, vel etiam Iure Ciuili obtinet hæreditatem *l. si sub conditione ff. de bonor. poss. sec. tab.*
4 Declaratur † autem, quomodò id procedat, vt bonorum possessio sub conditione hæredi instituto detur. *in l. hi demum ff. eod. tit.* nempè si institutus ille sit vtiliter, nam aliòquin ad bonorũ possessionem inutilis institutio non proficeret.
5 Vndè † difficile visum fuit Accursio, quod respondetur *in l. 2. §. si sub conditione ff. de bon. poss. sec. tab.* filium sub conditione casuali institutũ, posse interim bonorum possessionem secundum tabulas accipere: quę quidem decisio pertinet nõ solũ ad emancipatum, sed, & ad suum hæredem, vt colligitur ex postremis verbis illius textus, ibi *qua conditio ei, qui emancipatus est, necessaria est.* Cum enim dicatur in emancipato necessariã, arguitur non esse ità in suo necessariam: ergò supponitur etiam suum sub casuali conditione institutum accipere secundum tabulas bonorum possessionem posse: Et tamen constat filio suo sub casuali conditione instituto testamentum nullum esse, & sic filium suum inutiliter sub conditione casuali institui *l. 4. ff. de hered. instit.* Itàque videtur hæc decisio validissime obstare *d. l. hi demum.*

Respondet verò Accursius, quem cõmuniter Doctores sequuntur; respondet (inquam) in *d. l. 2. §. si sub condit.* ideò accipere filium sub casuali institutione institutum bonorum possessionem secundum tabulas: licet testamentum sit nullum, & nulla institutio, quià institutio est nulla sui fauore, cui potest renunciare *argumento l. filio ff. de iniusto rupto.* Sed † cum testamentum, eiusque 6
validitas ex Iure Publico pendeat, nõ potest priuati hominis voluntas validum efficere testamentum, validam reddere institutionem, quę Iure publico inutilis est *argumento l. Paulus respondit §. patroni ff. de bonis libert.* Et benè demonstrat Antonius Faber *coniect. lib. 9. cap. 14.* vbi explicat d. textum in *l. filio ff. de iniusto rupto* qui ostendit ibi voluntatem defuncti ex bono, & æquo seruari ab intestato, non ex testamento.

Nec † satis supradictæ difficultati facit 7
Iacobus Cuiacius in *d. l. 2. §. si sub condit. ad tit. ff. de bonor. possess. sec. tab.* dum dicit, facilius dari bonorum possessionem secundum tabulas filio, qui rem est ab intestato habiturus. Quamuis † 8
enim sit filius rem habiturus, quò minus tamen ei detur bonorum possessio secundum tabulas, illud obstat, quod inutiliter est institutus.

Itàque † breuiter dico, sensum *eius l.* 9
hi demum illum esse, vt ei non detur bonorum possessio secundum tabulas, qui detracta conditione inutiliter esset institutus, nè scilicet sola conditio illa efficiat, vt institutus accipiat bonorum possessionem, sed imò ei detur bonorum possessio, qui vtiliter est institutus, non obstante quod pendeat conditio, sub quà fuit institutus. At verò filio sub conditione instituto ex eius legis sententia multò magis dabitur bonorum possessio, licet inutiliter sit institutus. Nam filius, detracta conditione vtiliter esset institutus. Ergò filius non accipit bonorum possessionem, quòd conditio sit adiecta, cum imò conditio ista, quià vitiet testamentum, potius videatur ei auferre bonorum possessionem. Itàque danda filio erit bonorum possessio, quià testamentum de Iure Pretorio

torio vtile est, & validum; Iure Ciuili est nullum, quo Iure prohibetur filius suus sub casuali conditione institui; at Iure Pretorio sufficit tabulas proferre septem testium signis signatas; ex quibus, si accipiat bonorum possessionem is, qui rem ab intestatò habiturus esset ex testamento rem consequitur Iure Pretorio; non hæres existit ab intestato, vt probauimus suprà cap. 5. Ergò si filius sub conditione casuali institutus bonorum possessionem secundum tabulas petet, dabitur ei à Pretore, quià vtiliter is Iure Pretorio est institutus, & existente conditione Iure Pretorio hæres habebitur, vt probauimus d. cap. 5. Nec obstat *d. l. hi demum*, quià in illa repelluntur hi, qui inutiliter aliòquin instituti sola nituntur conditione, vt bonorum possessionem accipiant. At in casu nostro tantum abest, vt filius conditione nitatur, quin imò si quid sit, propter quod dubitetur, an ei competat bonorum possessio, conditio ipsa sit, quà detracta vtiliter omninò esset filius institutus. Vndè huic filio nullo modo obstat sententia *d. l. hi demum*. Cur autem admittatur, conditione non obstante, indicauimus iam; quià scilicet Iure Pretorio rectè est institutus. Planè si is, qui ab intestatò rem non esset habiturus, inutiliter esset institutus (fortè filio præterito) posset quidem, & ipse bonorum possessionem petere, sed quæ esset sine re, vindicantibus ab intestatò hæredibus hæreditatem; itàque quod dicitur in *d. l. hi demum* non nisi vtiliter institutos bonorum possessionem accipere, ità intelligendum, vt monet etiam Cuiacius ad *d. l. 2. §. sub conditione*, vt cum re bonorum possessionem non petant, nisi vtiliter Iure etiam Ciuili instituti, cum aliòquin etiam inutiliter Iure Ciuili instituti possint eam bonorum possessionem petere, sed quæ erit sine re. Quandò tamen filius suus sub casuali conditione institutus petit eam bonorum possessionem, defendi potest eam existente conditione cum re esse, ex dictis suprà in precitato cap. 5.

Ad l. multum 21. ff. de condit. & demon. Cuius legis occasione multa Iuris loca declarantur, & qua ratione procedant exponitur. Cap. XII.

SVMMARIVM.

Filium famil. qui falsò se esse existimat, adeundo nihil agit. n. 1.

Qui putat se necessarium, cum voluntarius sit, nec potest hereditatem adire, nec repudiare. num. 2.

Dubius de statu non potest testari. n. 3.

Dubius de statu Testatoris adire hereditatem non potest. num. 4.

Qui ignorat, quota pars hereditatis sibi sit delata potest adire. num. 5.

Institutus sub conditione facti, si ignoret conditionem extitisse, & adeat, hereditatem eam acquirit, dummodò conditio extiterit. num 6.

Qui adire hereditatem vult, oportet vt sciat sibi delatam, & ex quà causa sit delata. num. 7.

Qui ignorat vxorem defuncti pregnantem esse, adire, neque ex testamento potest, neque ab intestatò. num. 8.

Distinguenda est aditio hereditatis ab ipsius acquisitione: aditio ex voluntate hominis est, acquisitio ex lege num. 9.

Conditio Iuris adiecta institutioni impedit aditionem, si ignoretur an extiterit. n. 10.

Explicatur l. 6. §. is qui putabat ff. de acquir. hered. num. 11.

Quà ratione procedat l. is putat cum l. seq. ff. de acq. hered. num. 12.

Dubius de statu, cur testari non possit. n. 13.

Qui ignorat se dominum esse, & seruum manumittit eum liberum facit, si verè Dominus sit. num. 14.

Emens ab eo, quem non Dominum esse credit, fit Dominus rei, quam accipit si verè venditor Dominus fuit. num. 15.

Falsus procurator accipiendo à Domino volente in ipsum Dominium transferre furtum non facit. num. 16.

Homo liber bona fide seruiens Domino, cum quo contrahit ciuiliter obligatur. n. 17.

Dubius de statu suo adire potest, non potest

autem dubius de statu testatoris, & cur. num. 18.

Qui ignorat, quota pars hereditatis sibi sit delata, cur possit adire. num. 19.

Qui putat, se ex quadrante institutum, cum sit ex semisse, si adeat nihil agit; secus si sciat se heredem ex semisse, adeat verò ex quadrante, & cur. n. 20.

Declaratur l. si quis mihi bona §. sed si mandauit ff. de acq hered. num. 21.

Explicatur l. si quis extraneus §. fin. ff. eodem tit num. 22.

Institutus ex parte heres, qui ignorabat apertas tabulas, qua ratione hereditatem adire poterat, si tabulæ fuissent apertę. n. 23.

Is, qui dubitat vxorem defuncti pragnantem esse, cur adire hereditatem non possit. num. 24.

MVltum interest (inquit Iuris Cons. Iulianus *in l. multum interest 21. ff. de condit. & dem.*) *conditio facti, an iuris esset, nam huiusmodi conditiones, si nauis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit quamuis impleta essent impedient heredem circa adeundam hereditatem quamdiù ignoraret eas impletas esse. Quæ verò ex iure veniunt, in his non amplius exigendum, quam vt impleta sint, veluti si quis se filium familias existimat, cum sit Pater familias, poterit acquirere hereditatem. Quarè, & ex parte heres scriptus, qui ignorat, an tabulę testamenti apertę sint, adire hereditatem poterit.*

Decisio quidem satis clara est, & quæ ab omnibus intelligitur, sed tamen, quæ multas patitur difficultates, & quasdam grauissimas, quas tamen Doctores nostri, vel non vident, vel eas longè maiores quam sint, mihi videre videor.

Nam (vt à leuioribus incipiam) con-
1 stat † eum, qui se putat filiumfamilias, cum pater fam. sit, adeundo, nec sibi acquirere, nec ei, quem patrem existimat (*l. qui in aliena 6. §. si is qui putabat ff. de acqu. hered* cum tamen contrarium dicatur in *d. l. multum*, & etiam licet conditio illa Iuris sit.

2 Sic etiam † is, qui putat se necessarium hæredem, cum voluntarius sit, nec adire, nec repudiare potest *l. is qui putat 15. cum l. sequ. ff. de acq hered.* In iure autem non in facto consistit, an necessarius, an voluntarius sit.

3 Dubius † de suo statu non potest testari *l. qui in testam. 14. l. de statu ff. de testam. l. p. in princ. ff. de leg. 3.* Cur ergò adire poterit is, qui de suo statu incertus est, vel qui ignorat statum suum; nam, & aditio certam scientiam requirere videtur, vt quæ ex animi destinatione fiat. In totum enim omnia, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera, & certa scientia perfici possunt *l. in totum 76. ff. de reg. Iur.*

4 Dubius † de statu testatoris adire non potest *l. heres §. fin. ff. de acq. hered.* cur ergò potest qui de suo statu dubitat?

5 Qui ignorat † quota pars hæreditatis sibi sit delata, potest adire *l. si quis extraneus §. fin. ff. de acqu. hared. l. illud ff. si pars hareditatis petatur*. Si ergò adeundo acquirit eam partem, quam sibi delatam nescit, cur etiam non acquirit hæreditatem, quam ex eo, quod ignorat an conditio extiterit nescit sibi delatam? Si enim partem acquirere potest, licet delatam ignoret, nulla ratio est cur, & totum acquirere non possit, quamuis similiter delatum ignoret.

Falsa etiam videri potest differentia, quæ constituitur in *d. l. multum* inter con-
6 ditiones facti, & Iuris. Nam † quamuis conditio facti sit, & ignoret heres institutus an ea extiterit, tamen, si verè extiterit adeundo hæreditatem acquirit *d. l. si quis extraneus §. fin. ff. de acqu. hered.*

7 Prętereà † is qui adire hęreditatem, & adeundo vult acquirere, oportet, vt sciat sibi delatam, & ex qua causa delata sit *l. is qui heres l. si is ad quem ff. eodem tit. de acqu. hered.* Cur ergò adire potest is, qui ignorat tabulas apertas esse, & sic delatam sibi hęreditatem esse?

8 Tandem † quamuis Iuris conditio sit, non tamen sufficit in ea causa esse, vt possit iure hæreditas adiri: quià delata sit, sed requiritur delatam hęredem scire, vt contingit in eo, qui prægnantem dubitat vxorem defuncti, qui, siuè ex testamento, siuè ab intestatò adire hæreditatem non potest, quamuis mulier verè

prægnans

prægnans non sit *l. cùm quidam 30. §. p. & seq. ff. de acqu. hæred.* Cur ergò similiter adire non impeditur, qui tabulas apertas esse ignorat?

Difficultates istas resoluere, differentiæ rationes adferre, difficillimum puto, adeò vt, nec posse me plenè satisfacere confidam. Dicam tamen, quod probabiliter mihi dici posse videtur.

9 Et quidem † præmittendum est aliud actum esse, aliud effectum actus, & sicuti distat causa ab effectu, ità nihil cōmune habet aditio hæreditatis cum hæreditatis acquisitione; sed sunt hæc omninò diuersa, adeò vt, nec aditio hæreditatis sit causa immediata acquisitionis, sed potius sit causa sine quà non. Causa verò immediata est lex, legisque potestas. Ad hæreditatis acquisitionem in extraneis hæredibus lex requirit aditionem *§. fin. inst. tit. de hared. qualit. & diff.* quà stante ipsa lex operatur, & acquisitionem inducit. Aditio pendet ex hominis voluntate *d. §. fin.* Acquisitio ex l. potestate: ideò modus acquirendi legittimus, & de Iure Ciuili præcipuus est, hæreditas *instit. tit. per quas pers. cuiq. acq. § fin.* Ad hoc, vt quis rectè dicatur adiuisse hæreditatem, ea scire, illum oportet, quibus ignoratis certus, & deliberatus animus dici non potest. Scientia illa requiritur, quià sine illa, nec vera voluntas est, nec esse potest *l. in totum ff. de reg. Iur.* Acquisitio hæreditatis ex l. est, vt diximus. Voluntas hominis hactenus requiritur, vt velit acquirere, acquisitio autem ipsa pendet ex lege: nihil ergò ad eam facit hominis voluntas. Ergò nec scire hominem oportet, quæ ad acquisitionem lex requirit. Sat est, scire hominem, quæ ad hæreditatis aditionem exiguntur. Effectus qui sequitur, videlicet acquisitio ab homine non est, ergo circà illum scientia hominis superuacua:

Rectè ergò procedit decisio *l. multum interest ff. de cond. & dem.* dum differentia ibi constituitur inter conditiones facti, & conditiones Iuris. Illas scire debet, qui adire vult, extitisse, has verò non est necesse. Nempè quià conditiones Iuris, de quibus ibi agitur, versantur non circà aditionem, sed circa acquisitionem, ad quam hominis scientia, hominis voluntas nihil operatur. Ergò nec ità generaliter eius legis decisio accipienda, sed ad terminos restringenda, in quibus profertur. Nempè si de his conditionibus agatur, quæ Iuris sunt, & circà acquisitionem, effectum ipsum acquisitionis versantur. Aliòquì si ea definitio indistinctè, & generaliter

10 acciperetur, falsa esset. Qui enim † si quis esset hæres institutus sub ea conditione, si sibi acquirere posset. Puta filius familias. An poterit adire, quamuis nesciat se patrem fam. esse? Profectò licet conditio hæc Iuris sit, oportebit scire eum, qui adire volet impletam esse: videlicet, quià conditio adiecta est institutioni, non acquisitioni. Et quæ ratio facit non posse eum adire, qui conditionem facti nescit impletam (videlicet quia non potest certo, & deliberato animo velle, quod nescit an sibi sit delatum, & in ea causa sit, vt ex testatoris voluntate excipi possit) eadem efficit, vt non possit adire, qui conditionem illam Iuris nescit impletam: nam, & ea institutioni adiecta suspendit, & impedit hæreditatis delationem. Quod quidem certissimum est, nam quoties ex ignoratione eorum quæ Iuris sunt, imperfecta redditur voluntas nostra, toties voluntas nostra vitiatur, vt constat *ex l. 6. §. si is qui putabat ff. de acqu. hæred.* Probatur ex eo, quod dubius de suo statu inutiliter testatur. Rursùs qui necessarium se existimat frustrà, vel adit, vel repudiat hæreditatem, vt supra dicebamus, & alia similia possent afferri.

11 Hac stante † declaratione multa ex allatis facillimè resoluuntur. Nam in primis quantum pertinet ad *d. l. 6. §. si is qui putabat ff. de acq. hæred.* Ibi qui paterfam. erat putabat se filiumfam., & in alterius esse potestate. Itaque adeundo noluit sibi acquirere hæreditatem, nec eo animo adiuit, vt se obligaret hæreditati, sed existimauit acquirere patri putatiuo. Ergò nec sibi, nec patri acquirit. Non sibi, quia noluit: nō patri, quia nō potuit, cum in eius potestate verè non fuerit. Hoc casu ignoratio proprij status non tam impedit acquisitionem, quam impe-

impedit aditionem,& voluntatem acquirendæ hæreditatis,qua deficiente lex dominium hæreditatis non transfert. Cęterùm si is, qui se filiumfam. existimat, sed dubitat de statu suo, an verè filiusfam. an pater fam. sit, & hęreditatem sibi delatam adit eo animo, vt sibi acquirat, si pater fam. sit; cum ipsius voluntas, quæ à lege requiritur satis sit deliberata, cumque in eo statu sit, vt possit ei hæreditas acquiri, acquisitio procedit *d. §. si is, qui putabat*. Nec dubietas illa adeũtis acquisitionem vitiat, quià ea non circà aditionem versatur, sed circa aditionis effectũ, idest circà acquisitionem ipsam, quæ ab hominis voluntate, vel scientia non pendet, sed à lege vt dicebamus. Planè *ex d. §. si is qui putabat* declaranda est, & supplenda *l. multum ff. de cond.*, *& dem.* licet enim in hac indistinctè dicatur, eum, qui se filium familias existimat, cum pater fam. sit, adeundo sibi acquirere, tamen id est intelligendum, si de suo statu dubitet; Ità dictum Iuliani declarat Vlp. *in d. §. si is qui putabat* qui vtitur authoritate Iuliani in hac eadem *l. multum*, citat enim Iulianum *lib. 31. ff.*, *& l. multum*,& ipsa ex eodem libro, sumpta est; Itàque testatur Vlpian. Iulianum eo loco ità sensisse, si pater familias de suo statu dubius fuisset, quà ratione procedit etiam textus *in l. qui putat §. fin. ff. de acq. hęred.* Si-
12 milis est † obiectio *ex l. is qui putat cum l. seq. ff. eodem tit.* Is qui putat se necessarium, iocatur, & ludit, si hæreditatem quam acquisiuisse existimat, vel repudiet, vel adeat, quam necessè est credat, nec adeundo acquirere, nec repudiando abijcere posse argumento *l. 4. ff. de acqu. hered. l. 3. & 4. ff. de reg. iur.* Ergò ex defectu voluntatis, nec repudiata, nec adita intelligi potest hæreditas, & error iste iuris inficit voluntatem, quæ tamen lege iubente acquisitionem debet pręcedere.

13 Dubius † de statu suo, & ipse quod Iuris est ignorat, hæc tamen ignoratio impedit ne rectè testetur. Ratio cur is, qui de statu suo dubitat testari nõ possit, redditur *in l. qui in testamento 14. ff. de test.* quià *qui incertus de suo statu est, certam legem testamento dicere non potest*. Testamentum ex voluntate nostra pendet, est enim voluntatis nostrę sententia *l. 1. ff. de test.* Et (ità lege concedente) ea voluntas est, quæ pro lege habetur *l. verbis legis ff. de Verb. Sign. §. disponat Auth. de nuptijs.* Quęnam autem lex esse potest, quę incerto, & titubãti animo prolata sit ab eo, qui dubitat, an vires sit habitura? Nimis alienum est à legis dignitate, vt ab eo proferatur, qui nescit an legem dicere possit. Incertitudo status testatoris efficit, incertum esse iussum, incertam eiusdem voluntatem, ex quà tamen testamentum pendet. At si hęres institutus de suo statu dubitet, & eo animo adeat hæreditatẽ, vt sibi illam acquirat, si Iure acquiri potest voluntatem certam habet, & determinatam adeundi, neque enim diuersitas status eam voluntatem vitiare potest, cum æquè adeat filius fam. pro vt paterfam. seruus, & Dominus. Verùm quidem est non ęquè acquirere filium fam. adeuntem, & eum, qui sui Iuris est, is enim sibi acquirit; filiusfam. autem ei acquirit, in cuius est potestate. Sed effectus iste, vt sępius diximus, ex legis est potestate, non ex adeuntis voluntate, ergò scientia, vel ignorantia adeuntis effectum hunc non potest immutare, sed cum ex lege sit: dummodo nihil obstet, à lege producitur etiam eo ignorante, vel dubitante qui adit: pro vt semper etiam in alijs casibus contingit.

14 Nam † si quis seruum possideat, & se prò Domino gerat eius serui, & verè Dominus sit, ignoret tamen se Dominum esse, & eum seruum manumittat, licet existimet liberum non futurum, liberum tamen facit, quamuis etiam seruus in eadem esset opinione *l. 4. §. quoties ff. de manumiss. vindicta.* Ratio est, quià quantum potuit, voluit Dominus libertatem dare, cum manumisit.

Effectus ipse, & libertas à lege est. Requirit lex certum illum modum, manumissionem scilicet Domini; manumissus seruus est, & à Domino manumissus, ergò lege inducitur libertas, etiam ignorante Domino, & licet Dominus, & seruus etiam in alia sint opi-
15 nione. Similiter † quidam emit ab eo, quem Dominum non esse credebat, cum tamen Dominus verè esset. Ab eodem

rem

rem emptam accepit, sed ea opinione, vt Dominus non fieret, vt potè qui à non Domino rem traditam acciperet. Dominus tamen factus est, qui accepit *l. regula §. ignorantia ff. de iuris, & fact. ignor.* Ratio est, quià emptor, licet se Dominum effici non crederet, voluit tamen quantum fieri potuit pro Domino se gerere, & animum Domini habuit. Adfuit ergò voluntas, & ex parte tradentis potestas, cum vere Dominus fuerit. Non mirum, si à Iure sequatur effectus, nempè dominij acquisitio, quæ sinè dubio à Iure est, vel gentium, vel ciuili pro diuersitate modorum, quibus acquiritur *§. singulorum inst. tit. de*
16 *rerum diuis.* Eadem † ratione contingit quod respondetur *in l. falsus §. 1. ff. de furtis*. Quidam simulabat, se Procuratorē Titij, cui Seius debebat decem, quę ab eodem petijt animo intercipiendi, eisque quasi suis vtendi. Seius ea decem falso procuratori soluit eo animo, vt in ipsum Dominium transferret, & posteà rursus Procurator Titio creditori solueret. Queritur, an falsus Procurator accipiendo ea decem furtum fecerit. Respondetur, furtum non fecisse, quià voluntate Domini accepit, ergò Dominus factus est, quià animo Domini accepit, & licet se Dominum fieri non existimaret, quià tamen Dominus dedit ei eo animo, vt Dominium in ipsum transferret, furtum non fecit, sed Dominus effe-
17 ctus fuit. Melius † idem confirmatur (nam precedens exemplum non omninò quadrare videtur) *ex l. liber homo 118. ff. de Verb. oblig. & ex l. si is, qui commodatum §. fin. ff. commod.* Quidam cum homine libero contraxit, quem seruum suum esse existimabat, & pro seruo possidebat, existimans eum sibi fore Iure naturę obligatum. Quæsitum fuit an ille, qui vere liber erat efficaciter, & ciuiliter esset obligatus. Et responsum est nihil dici posse cur non sit obligatus. Ratio est, quià dummodo adsint necessaria ad contractum, obligatio, quæ ex contractu nascitur Iuris est, nihil enim aliud est obligatio, quam Iuris vinculum *§. 1. instit. tit. de oblig.* Ergò Iure inducitur, etiam nobis ignorantibus. Nam vt dicitur in *d. l. si is qui §. fin. sepè* accidit, vt extrà id, quod agitur tacita obligatio nascatur, veluti, cum per errorem indebitum soluendi causa datur. Nempè toties, quoties obligatio ex nostro consensu non est; sed authoritate Iuris, inducitur etiam sinè nostro cōtractu. Obligatio semper à Iure est, sed interdum exigit nostrum contractum. Eo casu nisi adsit contractus lege obligatio non inducitur. Interdum verò inducitur obligatio ex equitate rei citrà contractum, non requisito consensu nostro. Illis casibus extrà id, quod agitur tacita obligatio nascitur. Exemplum est, si quis per errorem indebitum soluerit, is eo animo dedit, ea opinione, vt se liberaret, quià tamen res dantis sinè causa ad accipientem peruenit, accipiens condictione obligatur. Ratio est, quià ea condictio ex bono, & æquo est introducta, vt quod alterius apud alterum sinè causa reperitur, reuocari possit *l. hęc condictio ff. de condict. indebiti*.
18 Cur † autem dubius de statu suo possit adire, dubius autem de statu testatoris, non possit, facillimum est dicere. Ratio enim redditur in *l. sed & si de suaff. de acq. hered.* Quià qui ignorat statum testatoris, de viribus testamenti dubitat; At verò qui de suo statu dubitat de testamento certus est. Nempè voluntas requiritur certa, & deliberata in hereditate adeunda; Non potest eam voluntatem habere, qui ignorat, an testamentum valeat, & sic an ex eo sibi deferatur adeundi conditio: ignorat verò valere, qui dubitat de testatoris statu, an scilicet is fuerit, qui potuerit, vel non potuerit testari, ergò non mirum si rectè non adeat. At qui scit testamentum validum esse, licet ignoret statum proprium, tamen ea ignoratio non impedit voluntatem adeundi, cum versetur non circà aditionem, sed circà effectum aditionis, idest acquisitionem ipsam: confert textus in *l. qui se pupillum ff. eodem tit. de acq. hered.*
19 Paulò † difficilius est, quod dicitur, posse hæredem institutum adire, qui ignorat, quota hereditatis pars sibi sit delata; sed tamen responderi potest, in hoc

hoc non esse defectum voluntatis; cum velit partem hæreditatis acquirere, quãtacunque futura sit. Et prætereà addendum est, id ex vtilitate receptum fuisse, vt dicitur *in l. illud ff. si pars hæred. pet.* videlicet, quià æquum fuit ei succurri, vt adire posset, qui omninò futurus fuit hęres, & qui omninò partem hæreditatis est habiturus (vt melius loquar) adeò vt si quis Iuris subtilitate impeditus adire non potuerit, qui tamen omninò hæres futurus fuit, ei Prætor ex æquitate succurrat *l. 4. §. fin. l. 5. ff. de bon. poss. con. tab. l. ventre ff. de acquir. hæred.*

20 Planè † notãdum hìc est, aliud esse dicendum, si quis cùm hæres esset ex semisse, putãs in quadrante se institutum, ex quadrante adierit hæreditatem, hoc enim casu inutilis habetur aditio, quià pars hęreditatis adiri, pars respui non potest *l. 1. & 2. ff. de acq. hęred.* itàque melius est, vt in nulla parte sit hæres, qui adiuit ex quadrante, quam vt pro ea parte hæres obligetur, in quà nullam habuit voluntatem. Quod si quis ex asse se hæredem institutum sciret, & pro parte adiret: statim hęres fieret in totum *l. si ex asse ff. de acq. hęred.* ratio est, quià sciuit, vel scire debuit, non posse se ex parte hęredem esse, quin esset in totum *argum. l. si duo ff. eod. tit.*

21 Neque dictis † obstat *l. si quis mihi bona §. sed si mandauit ff. eod. tit.* vbi si Pater putans ex parte filium institutum iubeat adire, cum esset filius institutus ex asse, rectè filius ex asse adit. Nam filius sciebat, esse se ex asse institutum; sufficit autem in acquirenda hæreditate scientia filij *l. cum quidam §. scientia ff. eodem tit.* & quamuis *in l. pater* dicatur necessarium, vt pater sciat, an pro parte, an ex asse, an ex testamento, an ab intestatò, an ex institutione, an ex substitutione filius hæres existat, tamen id hactenus verum est, quatenus filius adeundo deteriorem Patris conditionem efficeret, fortè quià putaret Pater filio ex asse delatam hæreditatem, & ex asse eum adire iuberet, ipse verò adiret ex parte; secus si è contrà, quià meliorem filius, aut saltem non deteriorem Patris conditionem faceret, vt res hæc declaratur *in d. l. si quis mihi bona §. sed si mandauit ff. eod.*

22 Ad † *l. si quis extraneus §. fin.* plures sunt excogitatæ responsiones; Cuiacius *ad African. in princ. primi tractatus* censet addendam esse negationem, & legendum *puto non posse adire, &c.*

Communis responsio est, ibi eum, qui adiuit, non solum ignorasse conditionẽ extitisse, verùm etiam ipsam conditionem institutioni insertam ignorasse. Sed quicquid sit de veritate huius responsionis, ea non videtur textui accomodari; nam paulò antè suppositum est, scire hæredem conditionem insertam, & responsum est hæredem acquirere, si conditio extiterit. Indè subijcitur, quid si extitisse conditionem ignoret; id autem quæritur retento eodem themate, & dum de ignorantia existentiæ quærit Iuris Consultus satis supponit scientiam eiusdem conditionis appositæ.

Mihi magis placet asserere etiã eum, qui ignorat conditionem impletam esse, posse adire, sed non semper, & indistinctè, sed in casu *d. § fin.* nempè quandò quis purè est institutus, & cohęredi substitutus; eo namque casu potest ille, etiã si nesciat conditionem substitutionis extitisse adire, ex ea scilicet parte, ex qua est purè institutus; ratio est, quià aliam partem, existente quandocunque conditione scit, sibi etiam inuito accrescere *l. qui ex duabus l. si quis hæres ff. de acqu. hęred.* Itàque illa dictio *quemadmodum in d. §. fin.* non stat similitudinariè; sed exẽplificatiuè, & demonstratiuè, vt & aliàs contingit in Rubr. *Soluto matrimonio quemadmodum dos repetatur*, & in Rubr. *Quemadmodum seruitutes amittantur*, & similibus locis. Et hæc vna fuit ex responsionibus Glosę *ad d. l. si quis extraneus §. fin.*

23 Difficilè † sanè mihi videtur rationem reddere: cur ex parte scriptus hæres possit adire hæreditatem, etiam si ignoret tabulas apertas esse, cum enim olim tempore Augusti cõstitutum esset, hęreditatem ex parte scripto hęredi non deferri, nisi apertis tabulis testamenti *Vlp. in fragm. tit. de caduc.* colligitur, *ex l. vnica §. cum igitur materiam, & §. in nouissimo C. de cad. toll.* colligitur etiam ex *d. l. multum ff. de cond. & dem.* quomodò poterat is adire, qua animi deliberatione,

tione, qui ignorabat, an esset sibi delata hæreditas, vel non, an in ea causa esset hæreditas, vt illam posset acquirere? Certè necesse est, vt qui adire vult hæreditatem, sciat sibi delatam esse, & ex qua causa delata sit *l. is qui heres l. si is ad quem ff. de acqu. hered.* Dico tamen fortè eam rationem esse posse, cur scire debeat, quis & delatam, & ex qua causa delata hæreditas sit: quià ex diuersitate causæ diuersi sequuntur effectus, diuersę obligationes; Nam ab intestatò non debentur legata, secus ex testamento: In bonis liberti patrono debetur certa portio omni onere libera, secus in alijs. In summa ex diuersitate causæ diuersa etiam esse potest futuri hæredis voluntas. Itàque vt certa, & determinata voluntas sit, ea scire eum, qui adit oportet, quæ vel ad hæreditatem adeundam inducere, vel remouere eum possent. Iterum debet scire, an conditio sit impleta, & in ea causa sit hæreditas, vt ex voluntate testatoris delata sit, quià negocium agitur inter testatorem, & hęredem §. *nequè heres instit tit. de test. ordin.* & sicut in contractibus, & conuentionibus consensum esse oportet *l. p. ff. de pact.* ità etiam, & in hoc actu adeundi: oportet enim vt intelligat hęres sibi ex voluntate defuncti factam adeundi potestatem, antèquam adire possit, nequè enim satis respondet defuncto, & cum eo congruè conuenit qui vult nunc adire, cum existimat, nondum velle defunctum. Ceterùm si ea sciat, & intelligat hæres, quæ ex voluntate defuncti sunt, cum quod attinet ad negocium inter hæredem, & testatorem (vt ità dicam) contractum, benè conueniant; non debet obesse hæredi, quod ignoret, an quędam à Iure requisita conditio adsit, vel non adsit; putà, quod tabulæ sint apertæ, nec nè; hęc conditio non requiritur à testatore, sed à lege. Secundum testatoris voluntatem hæredi statim post mortem hæreditas defertur *l. p. ff. de test.* In testamento enim disponit quis de his, quæ post mortem suam fieri vult. Sufficit, si hæres voluntatem testatoris deliberato animo acceptet: conditiones extrinsecas à lege ad acquisitionem requisitas, vt sciat impletas, non requiritur: nam negocium sibi non cum lege, sed cum testatore est: Acquisitio quidem à lege pendet, sed si nihil adsit, quod impedire acquisitionem possit ea Iure procedet; Scientia hæredis circa ea, quę acquisitionem respiciunt non est necessaria, vt diximus, imò esset superflua: sat est, si ipse velit acquirere, & velit iuxtà testatoris voluntatem.

24 Obstat † aduersus hanc responsionem, quod vltimo loco dicebatur *ex l. cum quidam §. 1. & sequ. ff. de acqu. hered.* Si enim institutus quis sit in testamento, si dubitetur testatoris vxorem esse prægnantem, & sic posse testamentum rumpi, non potest hęres institutus adire, quamuis re vera vxor pręgnans non sit, & tamen vt non possit adiri hęreditas vxore defuncti prægnante, ex lege est; nec ex voluntate testatoris pendet, sed conditio Iuris est. Respondeo licet Iuris conditio sit, eam tamen conditionem esse, quę incertum reddit hęredem de validitate testamenti, qualis conditio, licet Iuris impedit aditionem *l. sed & si de sua ff. eod. tit.* vt suprà diximus: ratio est, quià voluntatem testatoris afficit, quam acceptare non potest hęres, qui nescit an valida sit, an consistat. Dices idem contingi ab intestatò, si fortè proximus agnatus velit adire defuncti hęreditatem, & dubitet, vxorem defuncti pręgnantem esse; Is enim, licet re vera vxor pręgnans non sit, adire tamen non potest, & tamen hóc casu conditio Iuris est, nec agitur de voluntate testatoris acceptanda; cum supponatur agi de hęreditate ab intestatò. Respondeo quoties agitur de adeūda hęreditate ab intestato, negocium esse inter legē, & hęredē itàq; hęres, qui legis munus excipere vult, scire debet, an ei sit delatum; sicuti scire debet heres quandò de testamentaria hęreditate agitur, an ea ex voluntate testatoris delata sit; quamuis enim semper lex deferat hęreditatem etiam testamentariam, tamen testamentariam hęreditatem dum defert, subsequitur potius testatoris voluntatem, eamque confirmat *l. lege obuenire ff. de Verb. Sign.* itàque sat est si voluntas hæredis sit cum testatoris voluntate conformis. At quandò lex ipsa

ab intestatò hereditatem defert, cum ipsa sola, & principaliter agat, debet hæres scire, quęnàm conditio quo tempore sibi lege deferatur, nec antè quam sciat hereditatem sibi à lege delatam potest à lege accipere, legique consentire.

Substitutus quis sit ad l. si ità scriptum 8. in princ. ff. de bon. poss. secund. tab. Adfertur ex occasione ratio decisionis l. quærebatur §. fin. ff. de milit. test. Cap. XIII.

SVMMARIVM.

Substitutio secunda est institutio n. 1.

Substitutus in alterius locum subrogatur. num. 2.

Substitutus, vt quis dici possit oportet hæreditatem, vel partem hereditatis alteri primum datam, in cuius defectum substitutus vocetur. num 3.

Qua ratione procedat l. sub conditione ff. de hered. instit. num. 4.

Sub contrarijs conditionibus instituti inuicem substituti non sunt. num 5.

Si primus substitutus sit impuberi, si infrà decem annos decesserit, secundus, si infrà quatuordecim secundus primo non est substitutus. num. 6.

Qua ratione vnus, & idem sub contrarijs conditionibus in altera, & altera portione institutus dicatur sibi ipsi substitutus in l. si ità 8. ff. de bon. poss. secund. tab. num. 7.

Refertur expositio Glossę. num. 8.

Reprobatur. num. 9.

Valet substitutio quandò aliquid addit, ità, & si aliquid detrahat. num. 10.

Hęreditas pro parte adiri, pro parte repudiari non potest. num. 11.

Legato fundo, vel fundi vsufructu potest legatarius eligere quid malit. num. 12.

Substitutus, & sibi ipsi potest repudiare ex institutione, & adire ex substitutione. n. 13.

Proposita resoluitur ab Authore difficultas. num. 14.

Si miles alium hæredem instituat ad tempus, alium ex tempore, institutus ex tempore rectè dicetur instituto ad tẽpus substitutus. n. 15.

Redditur ratio, cur ab instituto ex tempore, legata ab instituto ad tempus relicta non censeantur repetita. num. 16.

Reprobatur, num. 17.

Legata minuunt hereditatem. num. 18.

Hæreditas adita desinit hereditas esse. n 19.

Legata dicuntur exire de hæreditate. n. 20.

Legata non sunt pars hereditatis. n. 21.

Vera redditur ratio cur constitutio l. licet ff. de leg. 1. non habeat locum in testamentis militum. num. 22.

Lex falcidia non habet locum in testamentis militum. num. 23.

Constitutio, de qua in l. 4. ff. de vulg. non habet locum in testamentis militum. num. 24.

1 SVbstitutionem † meritò Doctores nostri secundam dicunt esse institutionem, cum & in Iure nostro substituti secundi dicantur hæredes *l. si posthumus in fin. princ. ff. de lib. & posth. l. precibus C. de Impub. & alijs subst. l. ab omnibus §. pen. ff de leg. 1.* & Caius *lib. 2. instit. tit. de subst.* Substitutionem dicat, nihil aliud esse, quam secundi hęredis appellationem, quę à testatoribus post institutionem fieri solet, imò apertè I. Cons. Paulus *in l. ex facto §. Lucius, vers. sicut responsum ff. de vulg. & pupill.* Substitutionem vocet secundi hęredis institutionem. Secundum autem hęredem intelligunt Iuris Cõsulti, intelligunt & nostri Interpretes illũ, qui in secũdo gradu scriptus est, & (vt benè docet Theophilus) qui iam distributo toto asse secundo loco vocatur, nam gradus est, qui totum assem habet, vt idem Theoph. tradit *Ad Princ.*
2 *tit. de vulg. subst.* Cum enim † substitutus ille sit, qui in alterius locum subrogatur *l. cohæred. §. fin. ff de vulg.* necessè est primo ad hæreditatem alium vocatum, in cuius locum, si ille primus deficiat, secundus subrogetur, & substituatur. Ne-
3 cessè † ergò est ad hoc, vt quis in hęreditate, vel parte hæreditatis dicatur substitutus, hęreditatẽ, vel partem illam primũ alteri datã, & in ea causa fuisse ex voluntate testatoris, vt primo alteri esset deferenda, & acquirẽda etiã, si ipse posset, aut vellet: & duntaxat in illius primi defectum Secundum ad eam, vel totam hęreditatem

ditatem, vel partem fuisse vocatum. Quod probatur *ex l. quoties 9. §. si quis p imum ff. de hered. instit.* Vbi testator primum, & secundum instituerat, vnumquemque in triente, deinde dixerat, si secundus hæres non erit, tertius in besse hæres esto. Si secundus hæreditatem repudiauerit, dicitur tertium bessem habiturum non solum iure substitutionis, sed & iure institutionis, idest trientem iure substitutionis, trientem iure institutionis. Nempè ratio decisionis est. Quoniam, licet Testator tot partes facere possit hæreditatis, quot voluerit, nec necesse sit in duodecim partes hæreditatem, & in duodecim vncias distribuere *§. hereditas instit. tit. de hered. instit.* tamen in casu relato in dicto textu noluerat Testator hæreditatem conficere ex octo duntaxat vncijs, quas primo, & secundo dederat, sed voluerat constare ex duodecim vncijs, vt ostendit ex eo, quod si secundus hæres non esset, voluit tertium bessem habere, primo retinente alias quatuor vncias. Ergò cum hæreditatem in duodecim vncias distribuerit, & primo, & secundo dederit duntaxat octo: deindè si secundus hæres non esset, voluerit tertium in besse hęredem esse, necessariò impleta conditione substitutionis admittetur tertius partim Iure substitutionis, partim Iure institutionis. Nèpè in quatuor vncijs datis secundo admittetur iure substitutionis, quià illarum respectu in locum secundi subrogatur, at in alijs quatuor vncijs, quę nulli datæ fuerunt, succedet, & admittetur tertius tanquam institutus, nempe tanquam primùm ad illas vocatus, licet sub illa conditione, si secundus hæres non esset, quæ tanquam quælibet alia conditio habenda est, & expectanda, vt loquitur Iuris Consultus *in l. 3. §. si quis ità ff. de hered. instit.* Quamuis enim non impleta conditione futurum fuisset, vt triens inter primum, & secundum distribueretur, tamen id ex lege factum esset iure accrescendi. Sufficit ex iudicio testatoris trientem vacuum fuisse relictum, vt in eũ casum, quo secundus hęres nõ esset referuaretur, & primũ daretur tertio; ex hoc enim tertius in illo triente institutus, non substitutus dicetur.

4 Neque † his contrarium est, quod dicitur *in l. sub conditione ff. de hered. instit.* hæredi sub cõditione instituto substitui, & etiam deficiente conditione substitutũ admitti, quo casu videri potest substitutus admitti primum ad hęreditatẽ nulli anteà datam. Fuerat enim hæreditas primo data, (exempli gratia) sub conditione, si nauis ex Asia venisset, si non venisset data non fuerat; & tamen quamuis Nauis ex Asia non venerit substitutus admittitur, & quidem tanquam substitutus, quod (vt dicitur in textu) purè videatur substitutus, idest illa conditione non repetita. Nam pro responsione animaduertendũ est ad hoc, vt quis substitutus dicatur sufficere, vt secundo loco sit vocatus, ità vt ex ordine successionis secundus sit, & primum alteri deferenda sit hęreditas, aut in ea causa sit, vt ex voluntate testatoris primũ sit expectandum, an hæreditas alteri deferri possit. Non tamen est necessarium vt deferatur; Si enim primo loco, & in primo gradu institutus viuo testatore decederet, sinè dubio ei non deferretur hæreditas, sed portio illius ad substitutũ primum deferretur, non eò tamẽ minùs substitutus diceretur *l. pen. ff. de Iniust. rupt.* nempè quià ex voluntate testatoris hęreditas primùm fuerat instituto deferenda. Sic si Testator instituat hæredem sub cõditione *si Nauis ex Asia venerit:* deindè ei substituat, non aliter vult, substituto deferri hæreditatem posse, quã si prius apparuerit, vel delatam instituto hæreditatem non esse, vel delatã aditã ab ipso non fuisse, ergò in ea hæreditate prima causa est instituti, post illũ substitutus vocatur.

5 Itàque † si quis ità hæredes institueret, *primus hęres esto, si Nauis ex Asia venerit: si nõ venerit secundus hęres esto* neuter ex his alteri esset substitutus, sed ambo essẽt instituti. Ratio est, quià nulli primùm esset deferenda hæreditas, sed alteri, vel alteri, prout conditio existeret, vel non existeret; & quisq; ipsorum ideò admitteretur quòd sua extitisset conditio, non quod alter nõ esset admissus. Vndè si fortè Nauis ex Asia veniret, & impleta conditione, sub qua primus fuit institutus, eidẽ fuisset delata hęreditas, quam tamen

repudiasset, non posset ad eam secundus admitti; ratio est, quià nauis non fuit vocatus, nisi in casum, quo nauis non veniret, ergò substitutus dici non potest, nam substitutus semper admittitur, si institutus hæres non existat *l. 1. ff. de vulg. instit. tit. eodem in princ.* Quod si quis sit institutus sub conditione, & ei sit datus substitutus iuxtà textum *in d. l. sub conditione ff. de hæred. instit.* licet vi ipsa sub contraria conditione vocatus sit substitutus, 7 tamen is non institutus, sed substitutus erit; ratio est, quià primo loco fuit deferenda hæreditas instituto, aut saltem expectandum, an possit deferri; Et substitutus in eo casu non admittitur ex eo quod conditio apposita instituto non extiterit, sed quod primus hęres non fuerit; sicuti enim conditio apposita instituto, si existat non excludit substitutum, qui potest adhuc admitti, si primus repudiauerit hęreditatem, ità nec eum efficit admitti, si deficiat, nisi per consequentias, nempè quià primus hæres existere non potest, quæ conditio (videlicet si primus hęres non sit) est substituto adiecta. Secus est, vt dicebamus, in his, qui sub contraria conditione sunt instituti; quisque enim istorum admittitur, quod sua extiterit conditio, non quod alter hæres non extiterit, quisq; excluditur, quod sua defecerit conditio. Ideò si respectu vnius conditio defecerit, quamuis alter hæres esse noluerit, non tamen iste admittitur, ergò non est substitutus.

6 Sicuti † si testator filio suo impuberi primum substituerit, si impubes 8 infrà decem annos decesserit, secundum verò rursus substituerit, si impubes decesserit infrà quatuordecim annos, non erit in hęreditate Pupilli secundus primo substitutus *l. cum ex filio §. 1. l. qui plures liberos §. itàque l. ex facto §. item quæro ff. de vulg.* prout intelligitur *ex d. l. ex facto §. item quæro*. Nam si pupillus infrà decem annos decesserit, dubitatur, 9 an etiam secundus admittatur, de quo sanè non dubitaretur, si secundus primo esset substitutus. Ratio autē est quià neutri, nec primò primùm deferēda hęreditas, post primum secundo, nam & si Pupillus decederet infrà decem annos, & primus eiusdem hæreditatem repudiaret, non tamen secundus admitteretur, ratio est, quià secundus fuit pupillo substitutus sub ea conditione, quæ defecit, vocatus enim est in eum casum, quo Pupillus post decem infrà quatuordecim annos decederet; ergò deficiente conditione suæ vocationis non poterit admitti, ergò substitutus primo dici non poterit.

Si † ergò duobus sub contrarijs conditionibus institutis, neuter alteri potest dici substitutus, vt demonstratum est; cur vnus, & idem, si sub contrarijs conditionibus in altera, & altera portione instituatur, dicitur sibi ipsi substitutus in *l. si ità scriptum 8. ff. de bon. poss. sec. tab.* Ibi testator ponitur primum instituisse in semisse, secundum verò in triente, si nauis ex Asia venerit; si non venerit, in sextante. Dicitur hunc secundum sibi ipsi substitutum, sed qua ratione potest dici sibi ipsi substitutus, cū neutra portio sit, quę primum data secundo videatur, & in qua potius, quam in altera sit institutus? fortè poterit secundus, si nauis ex Asia venerit, trientem repudiare, & sextantem accipere, ex eoque hęreditatem adire? Certè id esset contra voluntatem testatoris, qui sextantem dedit secundo in eum casum, quo nauis non veniret, ergò sibi ipsi non est secundus substitutus, alióqui posset ex institutione repudiare, vt ex substitutione adiret *l. 1. §. si proponatur ff. si quis omissa causa testamenti.*

Glossa † *ad d. l. si ità scriptum* ita textum interpretatur, vt ideò secundus sibi ipsi sit substitutus, quòd testator existente conditione, idest si nauis ex Asia venerit, videatur substituere secundum in sextante, ita vt, si in triente hæres esse nolit, sit hęres in sextante, quę tamen substitutio (inquit Glossa) nulla erit existente conditione, quia causa non est mutata. Qui † quidem intellectus meritò à Bartolo reprehenditur, quòd non applaudat litteræ (vt ipse loquitur) qui tamen Bartolus nihil melius adfert.

Planè omninò est contrarium expositioni glossæ, quod voluit testator, qui iussit ex sextante secundum hęredem esse,

se, si nauis non venerit, ergò si nauis venerit, non poterit vnquam admitti. Quod si ea mens fuisset Testatoris, quam Glossa comminiscitur, videlicet, vt existente conditione, si nollet secundus hæres esse in triente, hæres esset in sextante: crederem substitutio-
10 nem valere, quoniam † sicuti valet substitutio, quandò aliquid addit *l. fin. § si Titius ff. de vulg. l. sed si plures §. nemo ff. eod. tit.* ità & si aliquid detrahat; nam
11 causa mutatur; Qui † est institutus in triēte, non potest prò sextante adire, quià partem hæreditatis adgnoscere, partem non potest repudiare *l. 1. & 2. ff. de acqu. hæred.* at verò eam facultatem consequitur, qui sibi ipsi in sextante substituitur, ergò inutilis non est substitutio, sicuti
12 † inutile non est legatū, si testator fundū, vel fūdi vsūfructū leget, nā ex eo videtur data facultas legatario vsūfructum accipiēdi, repudiata proprietate fundi, quod ei non liceret, nisi à testatore data ei esset facultas: dare autem facultatem intelligitur qui fundum, vel fundi vsumfructū legat *l. Lucio Titio ff. de leg. 2.* Quoties autem aliqua vtilitas est in substitutione,
13 toties causa mutata intelligitur. Indè † si testator eumdem instituerit, & sibi ipsi substituerit, si ab instituto legata reliquerit, non intelligetur ab eodem repetijsse substituto, itàque poterit ex institutione repudiare, & adire ex substitutione, & id vtile erit *l. 1. §. si proponat. ff. si quis omiss. causa test.*

Iacobus Cuiacius *ad d. l. si ità scriptum 8. ff. de bon. poss. secund. tab. & ad Iulianū, & ad eum tit.* Supponit tanquam certum in casu d.l. secundum sibi ipsi substitutum, & rem non examinat. Mihi verò res non adeò certa, & indubitabilis videtur; imò valdè difficilis, & quę subsistere non possit ex rationibus suprà allatis.

14 Prò resolutione † tamen difficultatis ego dicerem in dicto textu quęri an secundus ille sit institutus, an substitutus, vt dignosci possit, an possit prò vtràque portione petere bonorum possessionem secundum tabulas; nam, & institutus sub conditione pendente conditione potest bonorum possessionem petere, vt superioribus etiam capitibus diximus *l. 2. §. si sub conditione l. si seruus ff. de bon. poss. sec. tab.* itàque si dici posset institutus in vtràque portione, posset prò vtràque bonorum possessionem petere. Cęterùm cum ità sit institutus secundus, vt ex voluntate testatoris non possit nisi vnam illarum portionum consequi, consequens etiam est, non posse secundum dicere se institutum ex vtràque, sed ex alterutra, nulla autem ratio est, dum illę institutiones inuicem comparantur, cur potius in vna dicatur institutus, quam in altera, & ideò nulla etiam ratio est, cur sibi ipsi dicatur substitutus; Ad hoc enim, vt substitutus quis sit oportet portionem, quæ primo data fuit, rursus dari substituto: Vt dicebamus suprà, nulla autem portio potest dici primum data secundo, quę rursus si eam ex prima datione non consequatur detur eidem. Verùm quià absurdum esset in nulla parte hæredem secundum institutum, qui ex voluntate testatoris, vnam omninò est habiturus, & quià verum est secundo datum trientem sub conditione, & rursus verum est sub conditione datum sextantem (duntaxat falsum est datum vtrumq; sub conditione) Ideò potest secundus dicere se sub conditione institutum in triente, non facta mentione sextantis, & pro triente petere bonorum possessionem (neque enim maiorem partem ex voluntate testatoris consequi potest) & rursus etiam prò ea parte, quæ illi ex sextante vacuo accrescit. Quo facto, & sic supposito, quod secundus sit in triente institutus, iam intelligetur sibi ipsi substitutus in sextante, idq; ex supposito, vt diximus. Si enim semel supponimus secundum institutum in triente, & sic trientem illi datum ex institutione, necesse erit intelligi deficiente conditione institutionis, eidem sextantem datum ex substitutione, nempè quià sextans datur rursus ei in casum deficientis conditionis, qui eidem anteà datus erat ex institutione, & inerat in triente, & hoc sensu existimo *in d.l.* secundum dici intelligendum sibi ipsi substitutum, nempè dum ex maiori parte bonorum possessionem petit, tanquam institutus, ex hoc enim sequitur in sextante eumdem sibi ipsi substitutum.

Ex his

15 Ex his † quæ diximus intelligere possumus substitutum rectè dici eum, qui ex tempore est institutus à milite, si prius alius ad tempus ab eodem fuerit institutus, vt *in l. querebatur §. fin. ff. de milit. test.* Nam verum est, secundo ex tempore instituto dari eamdem hæreditatem, quæ primum data est instituto ad tẽpus; ideò iure merito hic secundus ex tempore institutus, substitutus vocatur *l. miles ità hæredem ff. de milit. test.* colligitur *ex l. milites 5. ff. eod. tit.* Doctores vulgò substitutum illum negant esse, quià vident cõstitutum, legata ab instituto relicta censeri à substituto repetita, & sic à substituto esse præstanda *l. licet ff. de leg. 1.* quæ tamen non censentur repetita, nec præstantur ab hærede instituto ex tempore *d. l. querebatur §. fin. ff. de milit. testam.* Hos reprobat Iason. *ad d. l. licet n. 26. ff. de leg. 1.* qui posteà alias subdit responsiones, quarum nulla placet, & posset facillimè vnaquæque refelli.

16 Ego † aliquandò respondebam, diuersam esse rationem inter substitutos vulgariter, & substitutos militares. Illi ità in locum institutorum subrogantur, vt omne id habeant quod habuisset substitutus, si hęreditatem adiuisset. Itàque, si institutus hæres non extiterit, cum omne emolumentum, totaque hæreditas cũ suis augumentis ad substitutum transeat, creditur Testator, voluisse eum pręstare eadem legata ab instituto relicta, vt sicuti ad idem emolumentum vocauit, ità eadem voluerit eum onera subire, & in his procedit constitutio de qua *in d. l. licet*. At verò in substitutum militarem, ex tempore videlicet institutum, non eadẽ emolumenta, quæ ad tempus institutus perciperet, si adiuisset, transeunt, nempè quià deficiente illo quacumque ratione, vel quià non potuerit, vel quià adire hęreditatem noluerit, hæreditas pro eo tempore spectat ad hæredes ab intestatò *d. l. miles ità hæredem §. primo ff. de milit. test.* ergò nec debent in eumdem onera transire; quæ quidem responsio Viris etiã doctis placuit.

17 Mihi tamen † nunc minimè placet. Nam ea rectè procederet, si institutus cõtemplatione emolumenti, quod ex hæreditate est percepturus legatis oneraretur, ità vt legata ex illo emolumento essent deducenda: Cęterùm legata non ex fructibus, & augumentis aditæ hæredita-
18 tis deducuntur, sed † ex ipsa hæreditate delibantur *l. legatum 116. ff. de leg. 1.* & ipsam minuunt hæreditatem antequam adita sit, quo tempore verè hęreditas est
19 (nam † adita desinit hæreditas esse *l. in fideicommissaria ff. ad Trebell.*) Itàque, si institutus ad tempus hęreditatem adiuerit, confirmantur legata, & ab ipsa hæ-
20 reditate separantur. Exeunt † de hęreditate vt loquitur Iuris Conf. in *l. sed, & hęres 8. ff. de seruo corrupto*. Et quamuis adueniente tempore, desinat institutus hęres esse, tamen legata semel ab hęreditate separata ad illam non redeunt, sed cum institutus ex tempore sit in hęreditate substitutus, admittitur ad illam hæreditatem, quę data fuerat primo, & quę ad
21 primum peruenerat. At † verò legata neque hæreditas sunt, nec pars hæreditatis *l. si Titius ff. de leg. 3.* neque etiam ad primum peruenerant *l. legatum 80. ff. de leg. 2. l. à Titia ff. de furtis*, aut saltem peruenerant cum obligatione restituendi, & soluendi *l. siuè à certis ff. de duobus reis*, ergò neque ad secundum peruenire poterunt adita à primo hęreditate. Cum itàque institutus ex tempore, idemque substitutus careat rebus legatis relictis ab hærede ad tempus, quę non solum diminuunt hęreditatem respectu instituti ad tempus, si hæres ipse extiterit, verùm etiam, & respectu instituti ex tempore; nulla ratio est, cur si quandò primus hęres extitit onera legatorum secundus ex tempore institutus sentit, ea etiam ex testatoris voluntate pręsumpta non subeat, si ad tempus institutus non adierit, nam eadem hęreditas, quę onerabatur, cùm dabatur instituto ad tempus, eadem datur instituto ex tempore.

22 Itàque † videtur mihi tutò responderi posse milites legum obseruantia, legum subtilitatibus in testando omninò esse solutos, solamque ipsorum voluntatem esse attendendam, eamque nudam *l. 1. & toto tit. ff. de milit. test.* Ergò constitutio, de qua *in l. licet* non debet trahi ad milites, & militum testamenta. Quamuis enim

enim constitutio illa emanauerit ex præsumpta mente testantium, sitque illis fauorabilis tamen negari non potest, sępè ex illa constitutione magis, quam ex mente testantis, legata à substituto intelligi repetita; sępè enim testator non cogitauit de repetitione. Imò fieri potest, vt contrà voluntatem testantis ea legata repetita à substituto intelligantur, vt potè qui tacendo, & non repetendo satis existimauit substituto prospectum, nè legata prętaret, quę ipse non relinqueret. Quod maximè dici potest in milite: is enim leges, nec scire creditur *l. fin. §. 1. Cod. de Iure delib.* & sic etiam ignorare constitutionem, de qua *in d. l. licet.* Cum ergò is legata non repetierit, qui potuit iustè credere illis substitutum liberatum, non sunt repetita pręsumenda à lege, ne contrà voluntatem, fortè militis fiat, eique priuilegium satis constanter pluries confirmatum adimatur. Nec quid facit, quod fauorabilis sit constitutio, nam, & l. falcidia fauore testantium inducta est, nè intestati decederent *instit. tit. de lege*
23 *Falcidia in princ.* & † tamen in militum testamentis locum non habet *l. in testamento Cod. ad l. falcid.* nè scilicet quomodocumque contrà militis voluntatem fiat. Ergò est hęc ratio, cur etiam constitutio, de qua *in d. l. licet* locum non habet in substituto militari, & cur à substituto ex tēpore instituto legata repetita non intelligantur *d. l. quærebatur §. fin. ff. de milit. test.* Nam istę pręsumptę à l. voluntates non extenduntur ad testamēta militum, quod fieri posset, vt diximus, vt contrà ipsorum voluntatem fie-
24 ret. Hac † ratione licet lex pręsumat testatorem vulgariter substituendo ei, cui potuit, & pupillariter substituere, voluisse in vulgari substitutione contineri etiā pupillarem *l. iam hoc iure 4. ff. de vulg. & pupill.* hęc tamen pręsumptio, hęc constitutio locum non habet in milite vulgariter substituente *l. precibus Cod. de impub. & aliis substitut.*

Qua ratione dicatur sibi ipsi substitutus seruus in l. fi. 1. §. Titius ff. de vulg. & pupill. Cap. XIV.

SVMMARIVM.

Proponitur Quæstio, & decisio textus num. 1.

Refertur communis expositio. n. 2.

Refellitur. num. 3.

Refertur expositio Castrensis. n. 4.

Reprobatur. n. 5.

Subiicitur expositio Authoris. n. 6. & seq.

Quoties in eodem testamento seruus legatus, & eidem data libertas, legato prævalet libertas, num. 7.

Testamentum incipit à substitutione, si inutilis fuerit institutio. n. 8.

Difficilem, & subtilem Doctores fatentur §. hunc. Alex. & Iason terribilem, horribilem asserunt, Castrensis difficilem dicit, & scrupulosum.

1 In hoc §. † I. Cons. Scęuola eam facti speciem proponit. Testator ità dixit: Titius hęres esto; Stichum Męuio do lego, Stichus hęres esto; si Stichus hęres non erit, Stichus liber hęresq; esto. Quęrit, an Stichus dicendus sit ex dictis verbis institutus, an potius sibi ipsi substitutus. Pręmittit posse, quem sibi ipsi substitui causa mutata, aliòqui si ęquè ex institutione quis posset hęres esse, pro vt ex substitutione, & nulla substitutionis adesset vtilitas, inutilis esset substitutio. Eo verò pręmisso ad propositam quæstionē ità respondet. Certum est præualere libertatem legato, si in eodem testamento seruus legatus fuerit, & eidem fuerit data libertas, itàque necesse est, legatum vitiari, & ex illa institutione Stichum hæredem non esse; sed libertatem Sticho ex sequentibus verbis deberi, & ità vnicum gradum esse, & sic seruum sibi ipsi non intelligi substitutum. Idque verum est, si Titius cohęres seruo datus, adierit hæreditatem. Quod si Titius hæreditatem repudiauerit (inquit Iuris Cons.) incipiet ex substitutione Stichus liber, &

hæres

hæres esse. Rationem eam reddit, quod cum non sit Stichus legatarij effectus, & Iussu eius adire hæreditatem non possit, iam certum est, illum hæredem non esse, & ideò ex his verbis *si hæres non erit, Stichus liber, hæresque esto*, liber, & hęres existet. Sentit ergò Iuris Cons. hærede Titio repudiante, Stichum sibi ipsi substitutum; idq; est, quod omnibus meritò visum est difficile; nam vt Doctores benè ratiocinantur, substitutus is dici non potest, cui primum deferenda est hęreditas. At seruo Sticho semper primū deferenda fuit hæreditas ex secunda institutione, nunquam ex prima: quià nunquam potest hæres fieri eo casu, quo legatus sit Mæuio: ergò non potest vllo modo seruus dici sibi ipsi substitutus. Cō-

2 munis † est responsio in dicto textu, seruū substitutum sibi ipsi dici, inspecta verborum figura, non autem inspecto effectu; nam verè nullo casu est substitutus, sed semper institutus.

3 Verùm † frustrà Iuris Cons. distingueret, vtrum hæres adierit hæreditatem, an repudiauerit, & eo adeunte diceret vnum gradum esse, & sic seruum non esse sibi substitutum. Hęrede verò Titio repudiante diceret, seruum sibi ipsi esse substitutum. Nam si verba inspiciamus æquè, siuè adiuerit hęres, siuè repudiauerit, figuram continent substitutionis, nec cum verbis aliquid commune habet aditio, vel repudiatio Titij, ergò cum I. C. consideret diuersos illos casus aditionis, & repudiationis, & pro diuersitate casuum dicat, seruum vel institutum, vel sibi ipsi substitutum, fateri oportet ex sententia I. C. seruum repudiante Titio, re ipsa sibi fore substitutum. Castrensis

4 † ad hunc §. ita difficultatem resoluit, vt si non appareat de contraria voluntate testatoris; cū ipse in illis verbis, *si Stichus hęres non erit Stichus liber, & hęres esto*, intelligatur reuocasse legatum, & primā institutionem; vnicus intelligatur constitutus gradus, & quidem indistinctè, siuè Titius coheres adierit, siuè repudiauerit. Quod si constaret, Testatorem noluisse ex datione libertatis reuocare legatum, & primam institutionem, nisi quo casū aliòqui valere non posset legatum; nempè Titio cohęrede repudiante: hoc casu verè dicetur seruus sibi ipsi substitutus; Titio repudiante: quià eo adeūte futurus fuisset hæres ex prima institutione, & hæreditatem Mæuio legatario acquisiturus, quæ quidem expositio fuit glosæ in eodem §. hoc nostro.

5 Sed † quicquid sit de ista distinctione; constat textui nostro, non posse illam applicari. Nam I. Cons. eum casum proponit, in quo legato libertas præualet, & sic in quo non constat de illa testatoris voluntate. In eodem verò casu distinguit plurimùm interesse, vtrum hęres adierit, vel non, vt primo casu vnus sit gradus, secundo verò casu, sibi ipsi substitutus seruus dicatur, ergò quamuis de illa voluntate non constet, tamen si hæres repudiauerit sibi ipsi dicitur seruus substitutus.

6 Ego † difficultatem adgnosco. Dicam tamen quod probabiliter ad eum textum dici posse existimo.

In illa igitur facti specie quam I. Cons. proponit multum interest vtrum Titius cohæres seruo datus adiuerit, vel repudiauerit hæreditatem; nam si adiuerit, intelligetur Stichus institutus, non sub-

7 stitutus. Ratio est † quoniam quoties in eodem testamento data est libertas ei, qui idem legatus est, legato præualet libertas *l. si peculium §.1. ff. de manumiss. test. l. si seruus ff. de fideicom. libert. l. si post mortem §. fin. ff. de leg.1.* Itàque adeunte hærede legatum vitiabitur, & apparebit, inutilem esse institutionem factam in eū casum, quo esset Stichus Mæuio legatus; & sic seruus Stichus non tanquam substitutus admittetur, sed tanquam institutus, impossibili existente prima illa

8 institutione. Ad hoc enim, vt substitutio intelligatur facta, oportet, primam institutionem valere: aliòquin à secunda incipit testamentum, quæ ideò prima reputatur *l. ex facto §. Lucius ff. de vulg. l. 1. ff. de his quæ pro non scripb. hab.* Quod si Titius cohæres hęreditatem repudiauerit, intelligetur seruus sibi ipsi substitutus. Rationē eam reddit I. Cons. quoniam Titio repudiante, apparebit legatarij seruum non esse effectum, & sic iussu eius adire non posse; & ideò certū

erit,

erit, cum ex prima institutione hæredem esse non posse, & sic admittetur ex secũda. Sed qua ratione tanquam substitutus admittetur hoc casu, cum certum sit nunquam ex prima illa institutione posse seruum admitti? Et cur potius, si hæres repudiet, quam si adeat? vtroque enim casu verum est ex prima institutione seruum hæredem non esse. Respondeo hęrede adeunte primam institutionem vitiari, & nullam, & inutilem apparere, quod legato libertas præualeat, ergò nulla præcedente vtili institutione seruus institutus, non substitutus videtur. At si hæres repudiet, non ea ratione seruus admittitur, quod prima institutio fuerit inutilis, quoniam legato libertas præualet, sed imò, quià institutio, Titio repudiante habere locum non potuit, ergò consequens est, vt ex substitutione seruus admittatur ad hęreditatem. Quãuis enim legato præualeat libertas, ità vt ex eius datione legatum tollatur, tamen cũ voluntas defuncti, quantũ fieri potest sit seruanda, non statim ex datione libertatis legatum vitiari debet; sed eo casu, quo aliòqui libertas esset inutilis. Cæterùm, si ex voluntate testatoris libertas, pro vt à testatore data est, seruo potest competere, nulla ratio est, cur ex eo, quod data est libertas, legatum vitietur, nempè quià ipsa testatoris voluntas refragatur, quæ tamen pro lege est *§. disponat Auth. de nupt.* Ergò in proposito, moriente testatore, non statim admittitur seruus tanquam hæres, & liber, quasi institutus; Sed expectatur, an possit iuxtà testatoris dispositionẽ admitti ex substitutione. Itàque si Titius adeat, quoniam legatum Mæuio deberetur, & sic libertas Serui impediretur, vt conseruetur libertas, necessè est ad illam regulam recurrere, qua receptum est, non valere legatum, data libertate: & sic nulla existente prima institutione seruum tanquam institutum admitti.

At verò si Titius cohæres non adeat, sed repudiet hæreditatem, nulla est ratio, cur ad eam regulam recurratur; quià ex non aditione Titij legatum corruit, & consequenter etiam prima institutio, quo casu iuxtà voluntatem testatoris, poterit seruus ex substitutione admitti; quià verum erit ex prima institutione hæredem non fuisse, & sic ex hac secunda, & libertatem, & hęreditatem illum consequi. Instabis adhuc, non apparere, qua ratione seruus admittatur tanquam substitutus, quamuis repudiauerit Titius hæreditatem, quià certum est ex prima institutione nunquam posse seruum admitti. Respondeo seruum adeunte hęrede Titio locum sibi facere, & vitiato legato admitti tanquam institutum, quià legato præualet libertas, & adeunte hærede non expectatur secunda institutio, quià si prima non vitiaretur, frustrà secunda expectaretur, iam valido constituto legato, & acquisita hęreditate Mæuio. Ergò vt possit seruus ad libertatem admitti, prima institutio vitiatur, & ex secunda admittitur tanquam institutus.

At verò Titio repudiante ex ipsius repudiatione legatum vitiatum est, & ex secunda institutione seruus admittitur, sublata iam prima aliundè ex non aditione Titij. Et hoc secundo casu necessè est, seruum admitti tanquam sibi ipsi substitutum: si enim hærede adeunte Seruus futurus est institutus, & tanquam institutus admittendus, vitiata ex datione libertatis prima institutione, sequitur ea illa ratione non vitiata prima institutione, sed aliundè deficiente, seruum, qui tanquam institutus non admittitur (admitti tamen potuit) vocari tanquam substitutum. Quamuis enim nunquam potuerit seruus ad hæreditatem admitti, eo casu, quo legatum valeret, potuit tamen propter dationem libertatis, non expectata substitutione, admitti tanquam institutus. Ergò rectè dicetur tanquam substitutus admitti, cum expectata substitutione ex voluntate testatoris, ex ea admittetur deficiente iam prima institutione ex non aditione Titij cohæredis.

K Cur

Cur legata ex secundis tabulis præstentur, & habita in Falcidia ratione facultatum impuberis in l. si filius 12. ff. de vulg. Cap. XV.

SVMMARIVM.

Proponitur facti species, de qua in textu. num.1.

Pater non potest à substituto exhæredati legata relinquere. num.2.

Nemo potest eum onerare, cui nihil dat. n.3.

In legatis præstandis à substituto impuberis Patrimonium patris, non Pupilli est inspiciendum. num.4.

Bona pupilli non conferuntur ad solutionem legatorum à patre relictorum. n.5.

Filius, qui se abstinet, à Prætore pro hærede non habetur. num.6.

Refertur ad textum interpretatio Cuiacij. num.7.

Reprobatur. num.8.

Proponitur ad textum secunda dubitatio. num.9.

Refertur ad eam resolutio Cuiacij. num.10.

Reijcitur. num.11.

Tertia ad textum proponitur dubitatio. n.12.

Quarta tandem additur dubitatio. num.13.

Resoluitur primum obiectum. num.14.

Pater, qui instituit substitutum, eumdem in bonis pupilli potest onerare. n.15.

Legatorum in secundis tabulis relictorum dies cedit à morte patris, licet adhuc pupillus viuat. num.16.

Legatum etiam repudiatum ab hærede defuncti, auget ipsius defuncti Patrimonium. n.17.

Legatum cuius dies cessit viuente legatario potest ab eius hærede repudiari. num.18.

Legatum repudiatum retrò nunquam in bonis legatarij fuisse videtur. num.19.

Nepos ex filio exhæredato non rumpit, si filius deliberante extraneo decedat. numer.20.

Extraneus repudians Patris hæreditatem ex secundis tabulis legata præstat. n.21.

Resoluitur secundum obiectum. n.22.

Lex Falcidia, & fauore hæredis, & Testatoris inducta. num.23.

Integra portio oneratæ accedens efficit cessare legem Falcidiam. num.24.

Resoluitur tertium obiectum. n.25.

Hæredes, qui coacti restituunt, nullum commodum retinent. num.26.

Coactus adire, & restituere paternam hæreditatem, si habeat cohæredem, retinet ex substitutione pupillarem. n.27.

Resoluitur quartum obiectum. num.28.

1 FActi † species hæc proponitur *in l. si filius 12. ff. de vulg. & pupill.* Pater duos filios habens, puberem alterum, alterum impuberem, filium puberem hæredem instituit, impuberem exhæredauit, eique exhæredato filium institutum substituit pupillariter. Decessit Pater. Inde etiam in pupillari ætate decessit & filius impubes. Alter filius institutus, idemque patri necessarius hæres volebat ab hæreditate paterna se abstinere, & accipere hæreditatem fratris impuberis. Quæsitum fuit an posset, & decisum fuit posse, maximè quià institutus ille, etiam remotis secundis tabulis haberet legitimam fratris hæreditatem.

Quamuis autem nulla in textu mentio sit exhæredationis, nec legatur filius impubes exhæredatus, tamen ponendus est iuxta suprà scriptam facti speciem exhæredatus, aliòqui si institutus fuisset, cum ipse impubes acquisiuisset pro sua portione patris hæreditatem, quæ iuncta fuisset hæreditati pupilli, non potuisset institutus obtinere separationem, eadem enim hæreditas scindi non potest, vt res hæc deciditur, *in l. sed si plures §. filio ff. de vulg.* pro vt benè obseruat doctissimus Cuiacius ad Papinianum in *d.l. si filius* addita *l. filius ff. de acqu. hæred.* quam dicit esse breuem summam huius nostræ.

Posita verò ea facti specie, & illius decisione, infert I. Consultus Papinianus, filium, qui abstinuit à bonis Patris, retinuit autem hæreditatem fratris, duntaxat ex secundis tabulis legata præstare debere habita ratione facultatum in Falcidia, nõ patris, vt aliàs solet, sed impuberis.

Hanc illationem nobis libet examinare, de qua Doctores nostri nec quidem verbum faciunt, licet grauissimę

simæ ad illam occurrant difficultates.

2 Nam † in primis certissimum est à substituto exhęredati non posse patrem legata relinquere *l. ab exheredati 126. ff. de leg. 1.*

3 Nemo † enim eos onerare potest, quibus nihil dat *l. 6. §. vlt. ff. de leg. 3. l. ab eo Cod. de fideicom.* substituto autem nihil de suo dat pater: sicuti ergò non posset pater legata relinquere ab ipso exhæredato, cui nihil dat, ità nec ab exheredati substituto potest *l. qui fundum §. qui*

4 *filios ff. ad l. Falcid.* Neque enim † alia ratione patri permissum est, legata in secundis tabulis dare, quam contemplatione proprij patrimonij: vndè in legatis, siuè fideicommissis pręstandis patrimonium patris, non pupilli facultates sunt attendendę, vel computandę, quas nec pater potest legatis, vel fideicommissis onerare *l. coheredi §. quod si here-*

5 *dem ff. de vulg. & pupill.* Itàque † in ratione l. falcidię ineunda, tam legata primis, quam secundis tabulis data confunduntur, & omnia simul debentur vsquè ad dodrantem bonorum paternorum habita æstimatione tempore mortis patris, vt quadrans illibatus maneat apud hęredem substitutum, nec vnquam bona pupilli conferantur ad solutionem legatorum, vel fideicommissorum *l. quod supra 10. l. in ratione 11. §. quod vulgo, & seq. l. in duplicibus ff. ad l. Falcid.*

Cum ergò in casu proposito, siuè inspiciamus hæreditatem pupilli, dici non possit substitutus legatis obligatus, quod pupillus fuerit exhęredatus, siuè inspiciamus hęreditatem, & bona patris, similiter eorum respectu non possit inferri substitutum legatis obstringi, quòd hęreditatem patris omiserit, ab eaque, se abstinuerit, qua ratione fieri potest substitutum teneri legata ex secundis tabulis pręstare? Quamuis enim filius ipso

6 Iure hæres patri extiterit: tamen † cum abstinuerit beneficio Prętoris obtinuit, vt prò hęrede non haberetur *l. si filius ff. de interrog. act.* ità vt nec creditoribus hęreditarijs teneatur *l. necessarijs ff. de acq. hered.* multò minus legatis obstringatur *l. p. §. fin. ff. vt in possess. legator.* Vndè est, nec debere in casu nostro filium substitutum legata ex primis tabulis. Cur ergò ea debebit ex secundis? Si non nisi contemplatione Patrimonij, & bonorum Patris pręstantur quæ ipse filius non habet, nec voluit habere.

7 Neque obiecto satisfacit Doctissimus Cuiacius in hac *l. nostra ad Papinianum*, qui respondet valere legata data in secundis tabulis, quod fuerit filius substitutus à Patre institutus qui idem etiam Patri hęres extitit, nec desijt esse, licet abstinuerit, & quamuis bona non habeat per eum stetit.

8 Nam † si verum est contemplatione patrimonij Patris legata deberi is nō poterit legatis obstringi, qui hęres patri nō extitit, ergò nec legata debebit filius substitutus, qui quamuis ipso Iure hęres extiterit, tamen beneficio Pretoris obtinuit, vt prò hærede non haberetur. Et sicuti Pretor legata in primis tabulis relicta inualidat, quod hęres filius nō fit, vel quod pro hęrede non habeat, cur nō inualidabit etiam relicta in secundis tabulis eadē ratione, quod filius patri hęres nō extiterit?

9 Secunda † dubitatio est, qua ratione in computanda Falcidia inspiciendæ sint facultates Pupilli, nam si fortè inspecto patris patrimonio locus falcidię non esset, cur deterior esse debet legatariorum conditio ob factum instituti, qui maluit ab hęreditate Patris abstinere? vel omninò legata, quę intuitu hęreditatis Paternę sunt præstanda non debebuntur, vel integra oportebit deberi. Quod si inspecto Patrimonio Patris locus Falcidiæ est, ipso Iure legata sunt imminuta ex lege Falcidia tempore mortis testatoris *l. in quantitate §. fin. ff. ad l. Falcid.* ergò ex repudiatione, vel abstensione filij non possunt legata augeri, iam enim pro parte deberi cęperunt. Quod inspecta hęreditate Pupilli, integra deberi possint, non videtur efficere posse, vt integra incipiant deberi, maximè cum contemplatione Paternæ hæreditatis debeantur.

10 Iacobus † Cuiacius respondet, non posse rationem haberi paternę hæreditatis, quam filius non habet; ideò inspicien-

11 das facultates Pupilli. Sed adhuc † superius dicta obstant, videtur enim inspiciēdum Paternū Patrimoniū, quamuis illud

filius non habeat; cum illius contemplatione legata debeat.

22 Tertio † videbatur saltem dicendum, legata deberi relicta in secundis tabulis nulla deducta Falcidia ex bonis pupillaribus, pro vt contingit in *l. apud Iulianũ §. idem Iulianus l. ità tamen §. à Patre ff. ad Sen. Consf Trebell.* Et licet is, qui rogatus est hæreditatem restituere, si coactus adeat nullum commodum retineat quod ex aditione spontanea consequeretur *l. si patroni §. adeo senatus ff. ad Trebell.* retineat tamen, si quod commodum habere posset, etiam si non adiret, putà si hæres institutus ex bonis Patris sit impuberi substitutus dato eidem cohærede in bonis Paternis: Nam si rogatus sit restituere paternam hæreditatem, quamuis coactus adeat, poterit tamen ex substitutione pupillarem hæreditatem adire, eamque retinere. Ratio est, quià eam pupillarem hæreditatem poterat adeunte cohærede obtinere, quamuis paternã omisisset, ergò illam non habet, quià hæres Patris, & ex Paternę hęreditatis aditione, ideò illam potest retinere *l. ità tamen §. qui suspectam ff. ad Trebell.* Vnde cum in *d. §. idem Iulianus, & in §. à Patre*, ponantur duo hęredes instituti in paterna hæreditate, imò ponatur ex his vnus solus coactus paternam adire hęreditatem, videretur dicendum posse illos retinere commodum Pupillaris hæreditatis, aut saltem eum, qui adire Paternam coactus non est, & sic saltem posse ex Pupillari hæreditate quartam retinere. Tamen in dd. Iuribus supponitur totam hæreditatem pupillarem restitui. Cuius rei ratio illa esse potest, quià cum iam ex secundis tabulis debeat pupillaris hęreditas restitui quod substituti restituere rogati, fuerint instituti ex bonis Paternis, nulla ratio est, cur ex ipsa pupillari hæreditate quarta detrahi debeat, quæ contemplatione Paternę hæreditatis debetur.

13 Quartò † quamuis receptum sit substitutum pupillarem posse onerari in secundis tabulis, tamen id ità demum verum est, si is Patri hæres extiterit; nam omninò contemplatione Paterni patrimonij legata debet *l. in ratione §. fin. ff. ad l. Falcid. l. planè 94. ff. de leg. 1.* At in casu nostro filius hæres non extitit, aut saltem pro eo habetur ac si non extiterit Patri hęres, ergò legata ab eo non sunt præstanda.

Hęc sunt quę adeò decisionem nostri textus impugnant, vt videatur nulla Iuris prudentia respondisse Papinianũ substitutum legata ex secundis tabulis debere, & quidem in computanda falcidia habita ratione facultatum Pupilli. Vt digna res videretur de qua Doctores nostri differerent.

Ego verò non satis confido ex vera Iuris prudentia Papiniani decisionem defendere posse, & ab obiectis vindicare. Subiiciam tamen quod in hanc rem possum adferre. Ratio autem Papinianeę decisionis ex resolutione obiectorum apparebit.

14 Itàque † ad Primum respondeo, licet contemplatione paterni Patrimonij possit substitutus legatis onerari, ità vt à substituto exhæredati non possit Pater dare legata, & his casibus, quibus potest Pater in secundis tabulis legata relinquere, habeatur ratio ad bona paterna in computanda Falcidia. Tamen † hoc esse certissimum posse Patrem, qui substitutum instituit, eumdem onerare in bonis Pupilli, vt constat *ex l. ità tamen §. à Patre l. apud Iulianum §. Iulianus ff. ad Trebell. l. in ratione §. fin. ff. ad l. falcidiam l. planè 94. in princ. ff. de leg. 1.* Potuit igitur Pater in casu nostræ legis, quia instituerat substitutum in secundis tabulis legata dare, & in bonis etiam Pupilli substitutum onerare, quæ quidem legata nemo negauerit ab initio vtiliter data, etiam si nihil in bonis suis Pater habuisset; quià tempore institutionis Patrimonium eius non computatur ad validanda, vel inualidanda legata. Moriente Patre hęc eadem legata à lege sunt confirmata; statim † enim post mortem Patris, quamuis adhuc Pupillus viueret etiam legatorum in secundis tabulis relictorum dies cessit *l. 1. l. 7. §. tantumdem ff. quando dies leg. ced.* & cessit vtiliter cum eodem tempore hæreditas Patris, cuius contemplatione legata ex secundis tabulis debentur, deferretur, imò acquireretur filio instituto, eidemque substituto; ergò nulla

15 (margin, beside "putanda Falcidia. Tamen")

16 (margin, beside "tim † enim post mortem Patris")

causa

caula est cur ea inualidentur ex eo, quod filius hæreditatem repudiauerit, vel ab ea abstinuerit, sufficit enim semel ex secundis tabulis legata deberi incipere; nã si ea non inualidentur; sed imò per aditionem substituti confirmentur, omninò oportebit legata, quæ semel deberi cœperunt ex illis præstari.

Neque oberit, quod patrimonium, cuius contemplatione substitutus legata præstat, ipse non habeat. Nam non ideò, quæ contemplatione eiusdem Patrimonij legata lex confirmauit inualida fient; quià sufficit semel legata à lege confirmata, nec attenditur, quod substitutus hæreditatem Patris repudiauerit.

Quod probo ex textu in proposito eleganti *in l. liberto octoginta ff. de bonis libert.* Quidam libertus habebat in bonis octoginta eidem fundus legatus fuerat dignus quadraginta, is, extraneo hærede instituto decessit, quo tempore dies sibi legati fundi cesserat. Respondetur in eo textu videri defunctum ampliorem rem habuisse centum, ideò Patronum ad debitam portionem vocari (nempè vt benè ad eam l. monet Cuiac. ad Africanum trac. 2. respexit Tribonian. ad Iustiniani constitutionem, ad quam decisionem Africani accomodauit) subditur non referre hæres institutus legatum liberto relictum repudiet, nec ne? Nam (inquit Africanus) & si de lege Falcidia quæratur, tale legatum, quamuis repudiatum, in quadrantem hæreditatis imputatur le-
18 gatarij. Si ergò † legatum illud, quod ab hærede potest repudiari *l. si fundum §. si*
19 *Titius ff. de leg.* 1. Ità vt † repudiatum nũquam in bonis legatarij fuisse videatur *l. quedam ff. de reb. dubijs l. si tibi homo §. 1. l. seruum filij 44. §. 1. ff. de leg. 1.* tamen ex eo, quod semel à lege est computatum, vel in Falcidiam, vel ad augendum liberti Patrimonium; quamuis repudiatum non efficit ius Patrono, vel legatarijs acquisitum amitti; ergò pari ratione cum semel contemplatione Patrimonij Paterni validauerit lex legata in secundis tabulis relicta, & exinde hæreditatem pupilli quandocumque infrà pupillarem ætatem decedentis, voluerit obligatam, necesse est illud onus substitutum, qui ad Pupilli hæreditatem admittitur sustinere, vt legata præstet, quamuis Paternam hæreditatem repudiauerit: semel enim à lege confirmata non infirmantur, licet res in eum statum deueniat, vt secundum illum lex actum non confirmaret. Hac
20 † ratione videmus instituto extraneo, filio exhæredato, si deliberante extraneo filius decedat, nepotem non rumpere testamentum *l. si quis filio 6. ff. de iniusto rupto* videlicet, quià semel lex confirmauit testamentum moriente testatore, qui filium reliquerat exhæredatum. Sic semel legata sunt à lege, in secundis tabulis relicta, confirmata; ergò non possunt ex hominis facto, nisi ipsæ tabulæ corruant inualidari.

Neque beneficium, quod Prætor abstinentibus ab hæreditate concedit poterit substitutum à præstatione horum legatorum liberare. Nam ex abstensione filij duntaxat primas tabulas pro nullis habet Prætor, ità vt ex illis filius non obligetur, non autem secundas inualidat. At ex secundis filius legata debet, licet paternam omiserit hæreditatem. Et verò non debet beneficio Prætoris melioris esse conditionis filius, qui se abstinuit: quam esset extraneus, qui repudiasset Patris hæreditatem, & adiuisset ex secundis tabulis pupillarem. At hic extraneus legata deberet ex secundis tabulis, ergò debebit, & filius, qui se paterna abstinuit hæreditate. Extraneum
21 † verò repudiantem Patris hæreditatem legata debere ex secundis tabulis probatur *ex l. apud Iulianum §. Idem Iulianus, & l. ità tamen §. à Patre ff. ad Sen. Conf. Trebell.* vbi duo erant hæredes à Patre instituti filio exhæredato (id supplendũ est filium fuisse exhæredatum *in d. § idem Iulianus, ex d. §. à Patre*, qui Iuliani est, cuius authoritate nititur expresse respõsum, in d. §. Idem Iulianus, prout rectè monet Cuiacius ad Iulianum *ad d. § à Patre* aliòqui secundæ tabulæ, si filius fuisset institutus existentia sui hæredis fuissent confirmatæ. Neque opus fuisset cogere hæredes institutos adire) Duo ergò erant hæredes à Patre instituti in dd. iuribus, filio exhæredato, qui ijdem fuerant filio exhæredato substituti, & rogati pupillarẽ hæredi-

hæreditatem restituere. Isti recusabant adire Paternam hęreditatem, & ità corruebant etiam tabulę pupillares, & fideicommissum hęreditatis pupillaris. Dicitur posse fideicommissarium Vnum ex illis institutis cogere hęreditatem Paternam adire, nam ex eo confirmatis tabulis pupillaribus poterit posteà fideicommissarius ambos cogere adire pupillarem hęreditatem, & eam restituere: ex illis iuribus probatur concludenter substitutum, qui repudiat hęreditatem patris, tamen si adeat Pupillarem, adstringi fideicommisso relicto in secundis tabulis. Aliòqui non posset ille Patris hęres ex duobus, qui paternam hęreditatē non adiuit, cogi restituere pupillarem hęreditatem, non enim esset ad restitutionem obligatus, qui Patris non haberet hęreditatem, nec rectè vrgeretur à fideicommissario ex secundis tabulis. At constat teneri eum ex secundis tabulis, quamuis non adierit, sed repudiauerit Patris hęreditatem, quià etiam si non adierit hęreditatem Patris ad fideicommissum ex secundis tabulis restituendum compellitur. Si igitur etiam hæres extraneus repudians Patris hæreditatem ex secundis tabulis legata, vel fideicommissa pręstare compellitur, eadem præstare etiam tenebitur suus, qui se à Patris hæreditate abstinuit, & pupillarem adiuit.

22 Ad secundum obiectum † respondeo, legata relicta in secundis tabulis à substituto, qui idem est à Testatore, & Patre Impuberis institutus ab initio valere, vt diximus suprà. Minui tamen posse, vt salua sit Falcidia substituto in bonis Testatoris. Quamuis enim legata valeant, tamen vt hæres inuitetur ad hęreditatem adeundam si excedant vires patrimonij reducuntur, & ex eis quarta detrahitur *§. fin. instit. de leg. Falcid.* Quæ qui-
23 dem † quarta adinuenta est, & l. Falcidia inducta fauore hæredis, vt quarta apud eum remaneat, & simul fauore Testatoris, vt intuitu eius emolumenti hæres hęreditatem adeat *l. 1. §. 1. ff. ad l. Falcid. instit. tit. de lege Falcid. in princ.* Quod si hęres institutus, idemq; substitutus Paternam hæreditatem adire recuset, iam respectu paternę hæreditatis, non est cur fiant illæ detractiones: ex eo enim non inuitatur satis hæres ad hæreditatem adeundam, qui sciens detractiones illas habere posse, repudiat tamen hęreditatem; Itàque detractionibus non factis ex Patrimonio Patris superest legata in secundis tabulis, quæ aliòqui fuerant valida, integra deberi. Sed quoniam si integra à substituto pręstari deberent, rursus fieri posset, vt ille propter nullum, aut minimum lucrum nollet adire; & vtilitas Pupilli, & ratio legis exegit, vt Falcidia computaretur inspectis bonis, & facultatibus ipsius Pupilli. Neque obstat, quod dicebatur per legem Falcidiam ipso iure minui legata, ità vt si ab initio pro parte deberi cęperint, non possint posteà pro maiori parte deberi. Nam quod habita ratione Falcidiæ in bonis Patris videri potuit minutum ea Falcidia cessante, consequens est, vt integrum debeatur. Quamuis enim ipso iure lex Falcidia legata minuat, tamen ita demum minuit, si ab hærede sint præstanda, & eo tempore quod pręstantur vt in effectu quarta apud hæredem maneat. Cęterùm legata, quæ inspecto tempore mortis testatoris minui debuerunt per legem Falcidiam, interdum integra præstantur cessante legis Falcidiæ ratione. Putà si aliqui legatarij sua legata repudiauerint, vt indè manentibus rebus illis apud hęredes
24 cesset Falcidiæ ratio, vel † si portioni oneratæ accesserit integra portio *l. quod alterutro ff. ad leg. Falcid.* Sic in casu nostro. Si locus fuisset Falcidiæ quod adita esset hæreditas Patris, legata in secundis tabulis non fuissent à substituto pręstanda, vel diminutè præstanda. At cessante ratione Falcidię ad fauorem instituti, vel in totum tota hæreditate repudiata, vel in parte repudiata ab instituto sua portione ad cuius fauorem sine dubio ratio Falcidiæ habenda non est, superest legata præstanda integra, saltem ratione Patrimonij Paterni. Cæterùm quià, vt paulò antè dixi, res hæc pupilli vtilitatem impugnaret, Falcidia conficienda erit considerato Patrimonio Pupilli, quamuis etiam inspecto Patrimonio Patris integra fuissent præstanda.

Ad ter-

25 Ad tertium † ex dictis patet responsio. Cum enim hæreditas Pupilli onerata legatis inueniatur, & ipsa separatim, & per se veniat consideranda, consequens est Falcidiam, & in hac induci, quæ in omni Patrimonio, & in omni hæreditate locum sibi vindicat, aliòquin ipse Pupillus posset fieri intestatus recusante substituto propter nullum lucrum pupillarem adire hæreditatem, & sic in detrimentum pupilli Iuris subtilitas verteretur. Neque obstant leges in contrarium allegatę. Nam ibi cum ex eo quod coacti adeant hæredes, vel vnus ex his paternam hæreditatem Falcidiæ locus esse non possit ex paterno patrimonio, sed iam Pupillaris hæreditas grauata inueniatur, & per fideicommissum restituenda separatim consideratur ab hęreditate paterna. Et sicuti, si sponte restitueretur, locus esset detractioni, ità cum ab inui-
26 tis restituatur cessat detractio: cum † nullum commodum apud hæredes, qui coacti restituunt, manere debeat *l. ità tamen §. qui suspectam, l. si patroni §. adeò Senatus ff. ad Trebell.* isti verò hanc ipsam pupillarem hæreditatem coacti restituunt, & preindè ac si rectè fideicommissum datum esset nulla vnquam habita contēplatione bonorum paternorum. Aliud
27 † est, & longè diuersum, quod dicebatur de hærede coacto adire, qui si cohæredem habuisset potuisset pupillare hæreditatem retinere *l. ità tamen §. qui suspectam ff. ad Trebell.* Nam ibi non erat hæres rogatus restituere hęreditatem pupillarem, sed paternam duntaxat. In nostro casu Pupillaris ex fideicommisso est restituenda, quo casu etiam frustrà induceretur Falcidia, cum iam sit qui desideret sibi hæreditatem restitui, qui libentius totam accipiet, quam in quarta diminutam.
28 Ad quartum † respondeo in *l. Planè in princ. inuictis legibus antecedentibus* requiri institutum existere hęredem, quià aliòqui repudiata ab ipso hęreditate ex testamento, fideicommisso in testamento relicto non poterat obstringi *l. cohęredi §. quod si hæredem ff. de vulg. & pupill.* nó enim erat facta substitutio pupillaris, & in pupillaribus tabulis fideicommissum relictum, vt in casu nostro. Et Iuris Cons. in *l. in ratione 11. §. fin. ff. ad leg. Falcid.* dum requirit substitutum Patri hęredem existere refert dictum, & Authoritatem Iuliani *in d. l. Planè*. Itàque ad eumdem casum referendus etiam est *d. §. fin.* Prætereà (quicquid sit) I. Consulti, dum requirunt substitutum exheredato Patri hęredem existere ad hoc, vt legatis in secundis tabulis obstringatur, id exigunt non ad differentiam instituti, qui hæreditatem repudiauerit, sed vt ostendant intuitu paterni patrimonij ea legata pręstanda: at ea etiam præstanda sunt, si substitutus in paterna hæreditate fuerit institutus, quamuis repudiauerit illam, ergò ex sententia eorumdem I. Consultorum debebuntur legata in secundis tabulis relicta ab eo, qui à Patre fuerit institutus, quamuis paternam hæreditatem repudiauerit.

Ad l. Si solus 80. in princ. ff. de Acqu. hæred. Cap. XVI.

SVMMARIVM.

Ex pluribus partibus institutus, siuè cohęredes habeat, siuè in aliqua parte substitutum, non potest aliquam partem omittere, si aliquam adgnoscat. n. 1.

Hæres partem hæreditatis adire, partem repudiare non potest. num. 2.

Portio repudiata ad substitutum transit, non ad cohęredem. num. 3.

Non potest quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedere. num 4. 13.

Portio à cohære de repudiata, qui habet substitutum, ità demum peruenit ad cohæredem, si & ipse substitutus eam repudiet. n. 5.

Testator potest necessarios hęredes efficere voluntarios. num. 6.

Testator, qui dat substitutum intelligitur dare facultatem instituto repudiandi. n. 7.

Substitutio vulgaris duos casus continet. n. 8.

Testatoris voluntas tanquā lex attēdenda n. 9.

Legatum prò parte acquiri prò parte repudiari non potest. num. 10.

Potest tamen legatarius ex pluribus legatis aliqua adgnoscere, aliqua repudiare. num. 11.

Testa-

Testator potest dare legatario facultatem, vt vel totum accipiat, vel partem. num.12.
Hæres est successor Iuris, sicut & hæreditas Iuris successio. num.14.
Hæreditas quæcumque habet, in hæredem transfert. num.15.
Hæreditas repræsentat personam defuncti. num.16.
Portio vacans Iure accrescendi prò portione hæreditaria ad hæredes qui adiuerunt pertinet num.17.
Institutus, idemque substitutus, si adeat ex institutione, non potest posteà ex substitutione repudiare. num.18.
Institutus sub conditione, idemque substitutus si ex substitutione adeat, indè existat institutioni adiecta conditio, fit hæres ex institutione etiam inuitus. num.19.
Si quis solus hęres instituatur ex parte purè, ex parte sub conditione, si adeat, & partem acquirat delatam, fit hęres in totum. n.20.
Conditio non expectatur in ea parte, quæ vt accrescat omninò est futurum. num.21.
Declaratur l. si tu ex parte §. 1. ff. de acqu. hæred. num.22.
Purè data videtur ea portio, quæ sub conditione data est, quæ extitit. num.23.
Institutus ex pluribus partibus, si pars tantum ei deferatur, potest illam repudiare, inde in alia parte impleta conditione potest illam adire. num.24.
Quid intersit, pluribus delatis eodem tempore hæreditatis partibus, vnam quis adgnoscat, an omittat. num.25.
Ratio assignatur. num.26.
Explicatur l. qui ex duabus ff. de acqu. hæred. num.27.
Redditur ratio, cur in duabus partibus institutus, in quarum vna datus sit ei substitutus, non possit altera adgnita, eam repudiare, in qua habuit substitutum. num.28.
Inducta ad vnum effectum non debent contrarium operari. num.29.
Resoluuntur contraria. num.30. & seq.
Substitutum qui dat, non permittit instituto, vt possit repudiare. num.31.
Ratio decisionis adfertur ad l. 1. §. si proponatur ff. si quis om. c a. test. num.32.
Ex verbis illis si hęres non erit, quæ in vulgari substitutione apponuntur, cur instituto licentia repudiandi data non sit. num.33.

1 SI solus † quis hęres sit institutus, licet ex pluribus partibus, non potest vnam partem omittere: nec interest in ea parte habeat substitutum, vel non: & idem est, si ex pluribus partibus institutus cohæredes habeat; nam, & hic vnam partem adeundo omnes acquirit *d. l. si solus ff. de acq. hęred.* Huius
2 † decisionis rationem eam esse asserunt Doctores, quoniam hæres non potest partem hæreditatis adire, partem repudiare *l. 1. & 2. ff. de acq. hęred. l. vnica §. his ità definitis C. de Cad. toll.* Addit Bartolus *ad d. l. si Solus* id ità fieri, nè persona repręsentata stet in pendenti.

Cæterùm licet prima ratio in se vera sit, nisi tamen magis declaretur, non satisfacit, cum multa suadere videantur, imò datis pluribus partibus licere instituto aliquas adire, aliquas repudiare, & maxime dato in aliquibus substituto. Nequè inconueniens à Bartolo consideratum, videtur posse eam repudiationem
3 impedire; nam † aliòqui semel vno existente hærede, & hæreditatem adeunte, si cohęres repudiaret, cui datus esset substitutus, portio illius statim ei, qui adiuit, accresceret, nec posset ad substitutum transire, nè persona repræsentata esset in pendenti, quod tamen est falsum *l. fin. in princ. ff. de vulg. l. 2. §. si duo ff. de bon. poss. sec. tab.* Sicut ergò duobus hæredibus institutis, si vni datus sit substitutus, illo repudiante, hæreditas substituto defertur; cur vno in pluribus partibus instituto, eique in aliqua parte dato substituto, instituto repudiante partem illam, in qua sibi datus est substitutus, pars eadem ad substitutum non perueniet? Videtur enim potiùs dicendum, & licere in casu prędicto hæredi partem illam repudiare, in qua substitutum habuit, & eam sic repudiatam substituto deferendam. Nam in primis ratio cur hæres nō possit hęreditatis partem adire, & par-
4 tem repudiare, ea est: quià † fieri non potest, vt Testator prò parte testatus decedat, prò parte intestatus *l. ius nostrum 7. ff. de reg. Iur.* Itàque cum nulla pars hæreditatis vacans esse possit, sed vniuersa hęreditas institutis sit acquirenda, non est per-

est permittendum hęredi hęreditatis
partem accipere, partem respuere. Vel
etiam alia ratio posset considerari, quià
scilicet non liceat hæredi scindere hære-
ditatem, partem adeundo, & partem re-
pudiando contrà testatoris voluntatem.
Sed neutra ratio potest accomodari ca-
sui nostro, ergò omni ratione cessante di-
cendũ est, licere in casu proposito hęredi
repudiare partem hęreditatis, eáq; ità re-
pudiatã deferri substituto. Primam ratio-
nẽ in casu nostro cessare probatur euidẽ-
ter, nam repudiante instituto partem,
pars illa vacans non fiet, sed ad substitu-
tum perueniet. Et sicuti duobus institu-
tis hæredibus, & vni dato substituto, si is
repudiet non est locus iuri accrescendi,
5 sed substitutus admittitur, & ità† demum
per ius accrescendi portio repudiata co-
hæredi acquiritur, si substitutus, & ipse
eamdem portionem repudiet *l. 2. §. si duo ff. de bon. poss. sec. tab.* Ità idem dicendum
est vnico hærede in pluribus partibus in-
stituto dato ei in aliqua parte substituto,
nam ei licebit parte adgnita, eam partem
repudiare, in qua substitutũ habuit, quo-
niam non ideò vacans pars illa fiet, sed ad
substitutum perueniet, quod si substitu-
tus, & ipse repudiare maluerit, tunc
demum iuri accrescendi locus fiet. Alte-
ra etiam ratio suprà allata in casu nostro
cessat, cum Testator ipse ex supposito
hęreditatem diuiserit pluribus effectis
partibus.

Secundò licet regulariter is, qui partẽ
adit, sit hęres etiam inuitus in alia parte
sibi delata, tamen id dicendum, nisi con-
6 traria sit voluntas Testatoris. Sicuti †
enim potest Testator necessarios hęre-
des facere voluntarios *l. iam diu ff. de hæred. instit. l. verba hæc ff. de condit. instit.*
dando eis facultatem accipiendi hęredi-
tatem, si voluerint *dd. iuribus*. Ità & po-
terit efficere hęredem, qui alioqui partẽ
hęreditatis respuere non posset, sed & in
ea hæres esset necessarius, partem illam
abijcere posse, dum scilicet abijcere eam
eidem permittit. Permittere autem vide-
tur, dum in ea parte illi dat substitutum;
satis enim ostendit velle ad substitutum
partem illam peruenire posse, ergò &
repudiari, cum ad substitutum alioqui ve-

7 nire non posset. Confirmatur† argumen-
to *l. 1. §. si proponatur ff. si quis omis. caus. test.* vbi testator substituens intelligitur
dare facultatem repudiandi hęreditatem
8 ex institutione. Addi potest † substitutio-
nem vulgarem duos casus continere, vi-
delicet, si institutus, vel non potuerit, vel
noluerit hæreditatem adire *l. cum proponas C. de hæred. inst.* vt ex hoc textu com-
muniter notant DD.; Ergo Testator sub-
stituendo dat facultatem instituto repu-
diandi portionem illam in qua substituit;
quòd si ità est, nihil prohibet hęredem, li-
cet partem adgnouerit, posse eam partẽ
repudiare, in qua ei datus est substitutus:
cum repudiandi licentiam habeat à Te-
statore, qui ad libitum disponere potest
9 & † ità vt tanquam lex eius voluntas sit
attendenda *l. verbis legis ff. de verb. signif. §. disponat Auth. de nuptijs*.

10 Tertiò † Nec etiam legatum regulari-
ter prò parte adgnosci, prò parte repu-
diari potest *l. si ex toto ff. de leg. 1. l. nemi-*
11 *nem 4. l. si cui res 58. ff. de leg. 2.* tamen, †
si plura legata relinquat Testator, po-
test vnum legatarius adgnoscere, alterũ
repudiare *l. sed duobus 5. ff. de leg. 2.* ergò
idem dicendum est, si disiunctim, & se-
paratim plures partes hæreditatis vni Te-
stator assignet, nam poterit vnam adire,
12 alteram repudiare. Sicuti † enim Testa-
tor potest facultatem dare legatario, vt
vel totum accipiat, vel eius partem *l. Lucio ff. de leg. 1. l. si Titio fundus ff. de vsu, & vsufr. leg. l. planè 34. §. penult. ff. de leg. 1.* ità poterit, & dare hæredi, vt partem
accipiat, aliam respuat. His tamen mini-
mè obstantibus non est recedendum à
decisione *d. §. si solus quã explicamus*. Cu-
ius rationem, vt intelligamus præmitten-
dum est notissimum illud Iuris princi-
13 pium† neminem paganum posse prò par-
te decedere testatum, prò parte intesta-
tum *l. ius nostrum 7. ff. de reg. Iuris*.

14 Item † & illud hæredem esse successo-
rem iuris *l. quoties §. heredes ff. de hæred. instit.* sicuti etiam hęreditas iuris succes-
sio est *l. hæreditas ff. de reg. Iur. l. nihil*
15 *aliud ff. de Verb. signif.* quodcũq; † enim
hæreditas habet, id omne in hæredem
adeuntẽ transfert *l. p. §. Scęuola ff. si quis testamento lib. esse Iuss. fuer.* Ideòq; † sicuti
16

L hęre-

hæreditas personam, & vicem defuncti sustinet, & repræsentat *l. non minus ff. de hared. inst. l. hæreditas ff. de acq. rer. dom. l. mortuo ff. de fideicom.* ità necesse est, & hęredem per hæreditatem vicem, & personam defuncti repręsentare, quæ quidem persona, cum vnica, & indiuisibilis sit, non potest prò parte repræsentari, prò parte non repręsentari; Vndè cum per hæreditatem ab hærede repræsentetur, & quatenus hæreditatem acquirit, consequens est, non posse partem acquirere, partem repudiare, & vacantem relinquere: nam prò ea parte vacante non repręsentaretur defunctus. Ergò quoties hęreditatem suam dat testator ex natura rei ità dat, vt diuidi illam nolit, & partē adgnosci, partem vacantem relinqui, sed eo animo est, vt non nisi tota acquiratur, cum hæreditas sit quid vnicū, sicut vnus Testator est. Quamuis igitur det Testator vni plures partes, non tamen ea mente dat, vt scindi per partes ipsius iudicium possit, & vt pars aliqua possit repudiari, alia retenta; Nam imò si repudiaretur, cum omninò iungi deberet suo toti: ex voluntate expressa Testatoris deberet ei portioni iungi quę ab instituto adgnita esset non alijs hęredibus accrescere, quià illam voluit Testator non alios habere, sed illum quem ex pluribus partibus instituit. Si ergò pars repudiata inuito accresceret ei, qui aliam partem adgnouisset, & quidem ex voluntate Testatoris; non possumus intelligere Testatorem plures partes vni dando velle instituto concedere, vt vnam possit adgnoscere, alteram repudiare, sed perindè esse, ac si vnicam portionem Testator reliquisset, quo casu sicuti certissimum est partem adgnosci, partem repudiari non posse *l. 1. ff. de acq. hared.* ità, & prò certo habendum est, non posse ex voluntate Testatoris, qui plures partes vni dedit, aliam ab hærede acquiri, aliam respui. Partium autem diuisio facta esse potuit, vel quià primùm Testator destinasset, minorem partem instituto dare, quam mutato consilio voluit augere, vel quià in vnum casum minus, in alium plus voluit hæredem habere. Certè diuidendo illud non efficit, nec voluisse, cum non potuerit, credendus est, vt in potestate hæredis esset eam adeundo diuidere, & partem abijcere, cum hęreditas quid vnicum sit, & quantum pertinet ad adgnitionem, & acquisitionem indiuisibile (hoc scilicet sensu, vt prò parte possit acquiri, prò parte non acquiri, & vacans esse) sed imò cum expresse voluerit, vnum ex institutis plures partes habere hæreditatis, quæ quantum ad aditionem spectat, est indiuisibilis, consequens est ex voluntate defuncti, quam lex confirmat, & exequitur in omnibus partibus hæredem existere, qui vnam adgnouit. Esse verò ex voluntate defuncti, ei acquiri partes cæteras, qui vnam adiuit, non autem procedere id ex legis prouisione, nè vacans aliqua pars relinquatur inducto iure accrescendi, proba-

17 tur euidenter ex eo, quià † si ius accrescendi à sola lege esset, portio vacans acquireretur omnibus hæredibus, cuique pro rata suę portionis *l. liber homo 59. §. cum quis l. si ità quis 66. ff. de hæred. instit.* At acquiritur ei soli, cui datę plures partes sunt à Testatore, ergò ex voluntate eiusdem Testatoris acquisitio hęc est.

18 Confirmatur † *ex l. si quis hæres 35. ff. de acqu. hęred.* vbi si quis hęres sit institutus ex parte, idemque Titio substitutus, & antèquam ei ex substitutione deferatur hæreditas, adeat prò illa parte hæreditatem, prò qua fuit institutus, mox existat conditio substitutionis, etiam ex causa substitutionis hęres erit; ergò ex voluntate defuncti: aliòqui pars illa alijs etiam cohæredibus accresceret, non soli substituto inuito acquireretur, & ex iure accrescendi, nō ex substitutione ei acquiri diceretur: dicitur autem ei inuito accrescere ex causa substitutionis, ergò ex volūtate Testatoris, qui illum substituit.

19 Idem † probatur *ex l. si ex parte 76. ff. de acqu. hæred.* vbi proponitur quis ex parte sexta institutus sub conditione, idemque Titio substitutus. Quo, Titio repudiante, antèquam conditio iure sextantis extitisset ex substitutione adiuit, Indè extitit conditio suæ institutionis, quæritur an necessaria sit aditio. Respondetur non esse necessariam aditionem, sed vnicā sufficere, siuè quis prius

ex

ex substitutione, siuè prius ex institutione adierit. Ideò concluditur sextātem ad eū solum pertinere, cui datus est. Nec dicatur solum ibi fuisse cohęredem Titium, quo repudiante necesse fuit totam hęreditatem ad eum pertinere, qui ex sextante fuit institutus, cum solus ille adierit, & nullus alius hæres fit. Nam si ità esset, inepte diceretur in dicto textu, sextātem ad eum solum pertinere, cui datus est, quæ verba aliorum exclusionem demonstrāt.

20 Prętereà † si solus Titius fuisset cohęres adeundo ex substitutione fuisset in totū factus hæres, qui in sextante fuerat institutus sub conditione, quià statim apparuisset, siuè existente, siuè deficiente conditione in totum illum hæredē futurum *l. si quis ità scripserit ff. de hæred. inst. l. cum hęres §. fin. ff. de acqu. hęred.* itaq; frustrà poneret Iuris Cons. *in d. l.* posteà conditionē institutionis extitisse, si enim solus fuisset, non oportuisset conditionis

21 euentum expectare, cum † quo ad partē, quæ omninò Iure accrescendi ad aliquē est peruentura, conditio non expectetur *l. liber homo 89. §. si ità scriptum ff. de hæred. inst.* Dati ergò erāt, & alij cohęredes in casu *d. l. si tu ex parte*, & tamē qui hęres ex vna parte factus est, existit etiā ex alia sine aditione, quę eidem data est à Testatore, ergò ex voluntate testatoris existit.

Planè si priùs hæreditas ex institutione deferretur, posteà ex substitutione, vel è contrà, posset eam portionem, quę primum sibi deferretur repudiare, deindè alteram adire, quam adeundo rursus partem consequeretur eius partis, quam repudiasset: ratio autem est, quoniam portio repudiata legis potestate statim alijs portionibus iungitur, & accrescit, ergò etiam ei quam postea ille adit; itàque adeundo non solam portionem, quam vel ex institutione, vel ex substitutione dedit Testator acquirit, sed partem illam etiam, quæ ei portioni

22 accreuit, & is est † sensus *l. si tu ex parte §. 1. de acq. hęred.* & ità omninò textus est ille intelligendus, vt liceat portionem repudiare, aliam posteà adire, dummodò non ambæ portiones simul sint, & eodem tempore delatæ, sed eo tantum casu quo primùm vna sola portio sit delata, quæ potest dum sola delata est repudiari, nec tamen ea repudiatio impedit, quo minùs existente posteà alterius portionis conditione, altera possit adiri; cęterùm si ambæ portiones essent delatę eodem tempore, altera ex institutione, altera ex substitutione, non posset quis alteram repudiare, vt alteram posteà adgnosceret: pluribus enim partibus delatis id non licet, vt respondetur apertè in *l. 2. ff. de acq. hęred.* nec quod diuerso Iure, idest altera ex institutione, altera ex substitutione essent delatæ, aliquid efficere posset, non magis, quàm si plures partes essent datę; alię purè, alię sub conditione, & tempore aditionis conditiones

23 essent impletæ, cum enim † haberentur perindè ac si ab initio purè datę essent *l. si pupillus ff. de condit. instit.* non possent nisi omnes adiri, vel repudiari prò vt di-

24 citur *in d. l. 2. ff. de acq. hęred.* Sanè † si vna tantum portio deferatur ei, cui plures sunt datę; poterit ipse eam repudiare. Ratio est, quià interim ea sola delata est, & is cui defertur hęres est voluntarius; ergò potest illā abijcere, q. ę statim efficaciter repudiata alijs portionibus accrescit: quod si posteà alterius portionis existat conditio: nulla ratio est, cur ea non deferatur illi, cui data est, licet primam portionem repudiauerit; quià hęc alia portio est, & nulla etiam ratio, cur adiri ab ipso non possit: itàque aditione eam acquiret, non etiam eam, quam prius repudiauit, nisi prò ea parte, prò qua suæ portioni accreuit, quià statim atque fuit repudiata vacans effecta, cæteris portionibus per ius accrescendi iuncta est, vt diximus.

25 Porrò † multum interest pluribus delatis partibus eodem tempore vnam quis adeat, vel vnā omittat; Nam is, qui vnam adit, omnes acquirit *l. si ex asse 10. ff. de acqu. hæred. l. si cui res 58. ff. de leg. 2.* Qui verò vnam omittit nihil agit *l. si solus in princ. ff. de Acq. hæred.* cuius rei rationem vt reddāt Doctores valdè laborant. Cum sicuti quę ratio facit, vt qui adit partem totum acquirat, quià scilicet qui vult antecedens, vult etiam necessarium consequens; necessarium autem est totum acquirere, qui partem vult, cum non nisi

totum acquiri possit, neque enim hæreditas prò parte acquiri, prò parte repudiari potest, vt dictum est *ex l. t. & 2. ff. de acq. hered.* Ità efficere eadem ratio debet, vt qui partem repudiat totum repudiare velit, cum non nisi tota hæreditas possit repudiari. Ratio autem † differentiæ ea est; quià qui partem adit, vel partem omittit, de alia parte nihil sentit, neque eam omittit, neque adit. Itàque si agamus de eo qui partem omittit, verũ est eum de alia parte nihil velle, & ideò eum non omittere. Ergò cum is totum non omittat, non valet repudiatio, quæ non nisi totius fieri potest. At si agamus de eo, qui partem adit, verum quidem est, aliam partem non adire, nec omittere, qua ratione, sicuti nulla est partis omissio, ità videri posset nulla partis aditio; sed alia ratio efficit, vt aditio valeat, & hæres fiat in totum, qui prò parte velit, nempè quià sat est, vt partem velit ad hoc vt totum habeat, licet de alia parte nihil cogitet; nam ex eo quod partem vult, & partem acquirit, ei parti reliqua accrescit, non ex adeuntis voluntate, sed iuris potestate. In omittente hęc ratio non viget. Is enim qui partem omittit vtique non vult totum omittere, ergò neque totum ei auferendum est contrà ipsius voluntatem, nec parti repudiatæ accrescit pars reliqua. Ius enim accrescendi auget partem, non aufert, ergo potiùs nulla, & inutilis est repudiatio. Et in proposito benè, & Philosophicè loquitur Bartolus *in l. 1. n. 4 ff. de acqu. hered.* Inquit illud, quod aliquid est positiuè augumentum recipere, sed non posse augumentum recipere quod nihil est. Adire hęreditatem pro parte est aliquid acquirere, & ponit aliquid in persona adeũtis, ideò illud quod positũ est trahit ad se aliam partem. Repudiatio autem nihil ponit in persona repudiantis, imò priuat, ideò non trahit ad se totum.

27 Ad † comprobandam rationem à nobis suprà allatam cur is, cui plures partes sunt datę, vnam non possit abijcere, videlicet quià ex voluntate Testatoris, & aliam inuitus acquirit, legis concurrente potestate. Videtur prima facie facere textus *in l. qui ex duabus 53. ff. de acq. hered.* vbi ponitur quis ex duabus partibus institutus, ex vna purè, ex alia sub conditione, dicitur, si pendente conditione decesserit, & postea extiterit conditio aliam partem ad hęredes ipsius pertinere; ex hoc textu videtur colligi datum cohęredem: nam aliòqui si solus fuisset ille institutus, statim adita ea portione, quæ purè data esset, fieret hæres in totum, cum ab initio appareret in totum hęredem futurum *l. si quis ità ff. de hered. inst. l. cum hęres §. fin. ff. de acq. hęred.* cũ itàq; conditio expectetur argumentum est cohæredem datum; & tamen portio data sub conditione solis hæredibus eius, qui aliam portionem adiuit, acquiritur; ergò acquisitio non sola legis potestate contingit, sed ex testatoris voluntate, qui scilicet voluit partes illas diuidi non posse, sed ei soli acquiri, cui datę sunt. Verum non ità possumus legem illam interpretari. Obstat enim *l. liber homo §. si ità scriptum ff. de hęred. inst.* vbi duobus institutis primo, & secundo, & primo data parte purè, & altera parte sub conditione, si Primus adita parte sibi delata decedat pendente alterius partis conditione, non hæredibus ea pars acquiritur defuncti, qui partem illam adiuit, sed omnibus ęquè portionibus accrescit, & ea ibi redditur ratio, quià pars illa non poterit ei data videri, qui tempore dandi (idest tempore existentis conditionis) in rerum natura non fuit, ergò idem dicendum esset in casu *d. l. qui ex duabus* si ei, qui ex duabus partibus fuerat institutus datus fuisset cohęres. Itàque benè eum textum, videlicet *d. l. qui ex duabus* interpretatur Castrensis, qui monet ponendum solum fuisse institutum purè illũ, qui ex duabus partibus fuit institutus, ità tamen, vt in parte, quę ei data est sub conditione habuerit sub contraria conditione cohæredem. Putà testator ità dixit; *primus hęres esto ex semisse, idem primus ex alio semisse hæres esto, si nauis ex Asia venerit, si non venerit secundus hæres esto*; Adiuit iste primus ex semisse, in quo purè fuit institutus, & pendente adhuc conditione decessit, deindè Nauis ex Asia venit, & sic defecit conditio, sub qua secundus fuit vocatus, ergò solus reperitur hæres

hæres ille primus, ad cuius portionē necesse est accedere, & alium semissem, & sic alium semissem ad heredes primi trāsire, qui primum semissem habent. Ad illos ergò venit alius semis, non tàm quod valuerit, & effectum sortita fuerit institutio conditionalis in persona primi, quàm quia defecit conditio, sub qua fuit secundus institutus, & inducta est necessitas Iuris accrescendi. Planè primus adeundo semissem sibi purè datum, non potuit totam acquirere hæreditatē, quià in alio semisse habuit cohęredem, licet sub conditione, itàque tempore conditionis non fuit certum totam hęreditatem ad primum peruēturam, cum posset existere conditio, sub qua secundus fuit institutus, eaque existēte eidem alius semis acquiri. Itàque hoc textū circumscripto, satis tamen probatum fuit datis pluribus partibus vni à testatore, non concedi facultatem heredi alias adire, alias repudiare, sed perindè esse ex eiusdem Testatoris voluntate ac si vnica pars data esset; quo casu, sicut non potest hęres eam partem scindere; ità, nec potest qui ex pluribus partibus est institutus alias adgnoscere, alias repudiare.

28 Hoc † sic posito iam constat, cur, etiamsi substitutum in aliqua parte institutus acceperit, non possit tamen hanc partem repudiare alia agnita. Nempè quià substitutus in defectum instituti vocatur, cuius instituti prima causa est, ità vt ex voluntate Testatoris prius institutus sit admittendus, eo excluso, substitutus. At verò si institutus partem acceperit hęreditatis, ex voluntate Testatoris inuitus aliam partem acquirit, ergò non potest locus esse substituto, nec ex voto Testatoris. Substituti enim sunt adinuenti, vt quis hæredes habeat, & testatus decedat, institutis fortè repudiantibus, vt intelligitur *ex instit. tit. de vulg substitutione in princ.* Si ergò possit Testator hæredem habere institutum, non vult vnquam substitutum admitti. At potest habere in casu predicto, ergò substitutus excluditur.

29 Neque † enim substitutio, quę ad id sit, vt magis Testator heredes habeat, ex testamento, efficere debet, vt minus habeat, & vt portio, quæ aliòquin inuito acquireretur Instituto, ad substitutum transeat, qui eam posset repudiare, & sic contrarium effectum operari *argumento l. legata inutiliter ff. de adim. leg. l. legata 19. ff. de leg. 1. l. cum tale §. fin. ff. de cond. & dem. l. Titia. §. fin. ff. de manum. test.*

30 Neque † obstant allata in contrarium. Nam ad primum respondeo, rationem, cur hæres non possit partem hereditatis acquirere, partem repudiare, non esse eam solam, quià defunctus non potest prò parte decedere testatus, prò parte intestatus, sed eam etiam iungendam esse, quià Testator non vult iudicium suum diuidi. Velle enim creditur, & vult expresse, non iure accrescendi cohęredibus portionem vni datam ex pluribus accrescere, sed illi eidem acquiri, cui dedit, quæ eadem voluntas manet etiam dato substituto, vt demonstrauimus. Nec diuisio partium facultatem instituto tribuit hæreditatem scindendi, vt dictū est.

31 Ad secundum † respondeo ex eo, quod Testator dat substitutum non videri permittere instituto, vt repudiare possit hęreditatem, vt probatur *ex l. Iulianus ff. si quis omiss. cau. test.* Si enim patrem quis instituerit, eique filiam substituerit, non licet patri repudiare ex institutione, & ex substitutione filia ipsius iussu adeunte, hæreditatem habere, sed imò si repudiet incidit in illud Edictum; ratio autem redditur ibi, *quià filia patri substituitur in casu, non vt arbitrium eligendi relinquatur.*

Neque obstat, quod alioquin inutilis esset substitutio, nam imò vtilis esset, siuè institutus hæres esse non posset, siuè omnes partes repudiaret.

32 Minus † etiam obstat *l. 1. §. si proponatur ff. si quis omissa causa testamenti*, ibi enim cum idem sit institutus, & sibi ipsi substitutus, non potest aliter vtilis esse ea dispositio, nisi data licentia eidem ex institutione repudiandi, & ex substitutione adeundi. At in casu nostro potest etiam hac licentia non data vtilis esse substitutio, vt dictum est.

33 Tandem † non obstat, ea verba *si heres non erit*, & substitutionē ipsam vulgarem duos casus continere, videlicet si primus, vel hæres esse non potuerit, vel nolue-

fuerit, vt videatur Testator qui substituit dare instituto licentiam repudiandi, frustrà enim substitueret, si institutus nollet, si nolle nõ posset. Nam, omissa Fabri responsione *err.6.dec.32.* qui considerat verba illa *si hæres nõ erit* adiecta esse substitutioni, non institutioni, ideò nõ posse videri instituto facultatem nolendi tribuere. Respondeo ego verba illa *si hæres non erit* in substitutione vulgari regulariter duos illos casus continere. Verùm non ex voluntate Testatoris, sed ex rei necessitate; Videlicet quià extraneum institutum, hæredem non esse, non potest fieri nisi, vel quià ille non possit, vel quià nolit, ergò si quo casu hæres institutus non possit repudiare, ex illis verbis, ex vulgari substitutione, non poterit intelligi data facultas repudiandi; quià hoc casu in illis verbis *si hæres non erit*, non continebitur casus noluntatis, nec re ipsa, nec ex mente Testatoris, quià nunquam ex mẽte Testatoris casus ille subintelligitur, qui substitutum dando, nihil aliud intendit, nisi, vt ille admittatur, ità demum, si institutus hęres ipse non existat; Vult tamen, quantum potest, illum existere, ergò non debet intelligi Testator ei dare facultatem repudiandi, si quo casu aliòqui non haberet. Et verò regulariter in substitutione vulgari ex mente Testatoris casus illos duos non subintelligi, vt videatur Testator velle institutum hęredem esse, si voluerit, probatur: quoniam imò, si id sentiret, & exprimeret, inutiliter ageret exprimendo id, quod tacitè inest, & ex rei natura *l. 3. ff. de leg. 1. l. verba hęc ff. de cond. instit.*

Ad tertium respondeo non esse eamdem legati, & hęreditatis rationem. Potest pars rei legari, quià plures vnius rei Dominos esse non repugnat, itàque etiã parte legata, integrum legatum erit, & pluribus legatis constitutis; cum nihil commune alterum cum altero habeat, licebit vnum adgnoscere, alterum repudiare. Repudiatum apud hæredem manebit. At hęreditas est quid vnicum, non potest vacans esse in aliqua parte, quià non potest pro parte defunctus repręsentari. Necesse omninò est, vt hęredibus institutis tota acquiratur; ergò si fieri potest illis, quibus data est, licet per partes plures. His rationibus non censetur Testator, plures partes vni dando, concedere ei facultatem alias adeundi, alias repudiandi, vt dictum suprà est, sed potiùs velle, vt omnes illas partes habeat, qui vnam accipit. Itàque ex voluntate testatoris non licet, imò prohibitum censetur partes illas scindere, alias adeundo, alias repudiando.

An hæreditas in eodem testamento, in quo data est, adimi possit ad l. primam §. penul ff. de his quæ intell. del. Cap. XVII.

SVMMARIVM.

Hæreditas in eodem testamento adimi non potest. n. 1.
Redditur ratio. n. 2.
Hęredis institutio est forma testamenti. n. 3.
Forma dat esse rei. n. 4.
Hęreditas testamento, non codicillis, non pœnitentia adimitur. n. 5.
Codicillis cur adimi non possit hęreditas. n. 6.
Refertur expositio Glossa, Bartoli, & Doctorum communiter ad l. 1. §. penult. ff. de his quæ in test. del. n. 7.
Reprobatur. n. 8.
Refertur expositio Iacobi Cuiacij. n. 9.
Explicatur l. paterfam. 44. ff. de hæred. instit. n. 10. Et rursus. n. 12.
Reprobatur expositio Cuiacij. n. 11.
Conditio sit, an non, ex mente Testatoris inspiciendum, non ex verborum formula. n. 13.
A proprietate verborum non recedendum. n. 14.
Ad quid olim sępè Testatores sub conditione instituerent, sub contraria conditione exhæredarent. n. 15.
Explicatur ab Authore textus in d. l. 1. §. penul. ff. de his quę in test. del. n. 16. & seq.
Qua ratione pars hęreditatis adimi possit in eodem testamento. n. 17.
Testamentum valet, licet secundus gradus ab initio sit nullus. n. 18.
Substitutus rectè dicitur institutus. n. 19.
Institutio hæredis, non existentia, ad validum constituendum testamentum est necessaria. n. 20.

Regu-

Regulæ Iurisprudentum strictè accipiẽdæ. n. 21.
Prætor dat bonorum possessionem institutis sub conditione, non tamen substitutis, donec instituti heredes existere possunt. n. 22.
Suus hęres excepto filio potest sub casuali conditione institui. n. 23.
Non tamen potest substitui. n. 24.

1 REgula† dicitur esse Iuris Ciuilis, hęreditatem in eodem testamento
adimi non posse *l. si ità scriptum*
§. regula ff. de lib. & posth. Et soli militi
permissum est, in eodem testamento eũ,
quem semel hæredem scripsit exhæredem facere, cum aliòquin in Paganorum
testamento sola hæreditas exhæredatione adimi non possit *l. si certarum §. si eo-*
2 *dem ff. de milit. test.* Ratio † cur Prudentes hanc regulam induxerint, euidens
3 est meo iudicio, quoniam † cum hæredis institutio, & hæreditatis datio sit forma testamenti *§ ante heredis inst. tit. de*
leg. l. 1. ff. de hered. inst. & det esse testa-
4 mento, quod † proprium est formæ, qua
sublata res perit *l. Iulianus §. si quis rem*
ff. ad exhibendum. Absurdum vtiquè existimatum est, vt in testamento, quod ex
hæredis institutione vires accipit, hæreditas adimatur: ità enim institutio robur
daret testamento ad sui destructionem:
cum enim non quomodòcumque hære-
5 ditas adimi possit, sed † certis modis, &
pręcipuè in testamento *§. posteriore instit.*
tit. quibus modis test. infir. n. non etiam codicillis *§. penult. inst. tit. de codicill.* non
nuda voluntate, & pœnitentia *§. pen. instit. tit. quibus modis testam. infirm.* Absurdum visum est, vt testamentum, quod
ex hæredis institutione, & propter hæredis institutionem consistit, valeat ad sui
ipsius destructionem, & ad tollendam
propriam formam, quod vtiquè naturę
6 rerum omnium repugnat. Sic † videmus non posse codicillis adimi hęreditatem *d. §. penult. instit. tit. de cod. l. penult.*
ff. de cond. inst. Ratio deducitur *ex l. quod*
per manus ff. de iure codicill. Nempè quià
absurdum est, vt ex codicillis, qui robur
accipiunt ex testamento, testamentum
ipsum infirmetur, ergò magis est absurdum, vt testamentum idem, quod robur accipit ex hæredis institutione, eamdem hæredis institutionem destruat, &
infirmet.

Aduersus hanc regulam obstare quam
maximè videtur *l. 1. § pen. ff. de his quę in*
test. del. Vbi dicitur, & portionem hęreditatis, & totam hęreditatem in eodem
testamento iure adimi, non quasi adempta sit: quoniam hęreditas semel data adimi facilè non potest, sed quasi nec data.
Ex quo textu euidenter probari videtur
non solùm partem hęreditatis adimi posse in eodem testamento, verùm, & totam etiam hęreditatem.

7 Glossa † Bart. & communiter Doctores textum ità interpretantur, vt ipse
idem scriptus hęres, vel ex parte, vel in
totum deleuerit, & cancellauerit suam
institutionem, inquiunt enim hunc in
pœnam sui facti hęreditate à lege priua-
8 ri. Sed † hæc expositio omninò est diuinatiua, verbis legis non conuenit, quæ de
ademptione sunt, non de inductione, &
cancellatione, & nullũ verbũ in eo textu
de hærede, qui ipse testamentum deleat.
9 Iacobus † Cuiacius *ad l. si ità scriptum*
§. reg. ff. de lib. & posth. fatetur in eodem
testamento posse hæreditatem adimi, &
partem, & totam; idem tradit *ad d. l. 1.*
10 *§. pen. ff. de his quæ in test. del.* Idque †
pręcipuè probat *ex l. pater fam. 44. ff. de*
hęred. instit. Vbi quis hæredes instituerat, & iusserat monumentum facere, indè in eodem testamento subiecerat, si qui
monumentum non fecerit, omnes exhęredes esse. Supponitur in eo textu valere ademptionem hęreditatis, duntaxat ità verba illa accipiuntur, vt quicumque non fecerit exhęres sit, quod absurdũ
videatur ex alieno facto, vel culpa, quem
alligari hæreditati, vel ab illa excludi.
Itaq; quòd de omnibus Testator coniunctim dixit, quià voluit omnes, qui non
facerent, exhęredes esse de vnoquoque
separatim accipitur, ità vt pluralitas (vt
loquuntur Doctores) in suas singularitates resoluatur, prout contingit *in l. hoc*
articulo 29. ff. de hęred. instit. & alibi sæpè. Ergò quod ad rem nostram attinet
colligitur ex eo textu hæreditatem eodem in testamento rectè adimi; & ità
sentit Cuiacius. Sed quoniam obstant *d.*
l. si ità scriptum §. reg. ff. de lib. & post. & l.
si

si certarum §. si eodem ff. de milit. testam. existimat ipse textum *in d. §. regula* corruptum esse, & legendum *libertatem*, non *hæreditatem*, vt sensus sit non posse, data seruo hæreditate, & simul libertate, eidem libertatem adimi. Textum verò *in d. l. si certarum §. si eodem ff. de milit. test.* ità explicat, vt miles possit adimere in eodem testamento hęreditatem cæteris saluis, quæ in testamento sunt disposita. At verò non idem permissum esse Pagano, qui ità hæreditatem adimere non potest, vt cætera in testamento scripta valeant; sed si hęreditatē adimat, omnia corruere necesse est. Et hunc putat sensum eorum verborum, quæ in eo textu leguntur, *cum in Paganorum testamento sola hæreditas exhæredatione adimi non possit.* Quæ verba ex mente Cuiacij ità sunt accipienda, vt Paganis hęreditatem quidem in eodem testamento datam adimere liceat, sed tamen non possit sola, sed ità vt totum testamentum corruat.

11 Verùm† quòminus sententiam Doctissimi Viri recipiam facit authoritas *d. l. si ità scriptum §. regula ff. de lib. & posth.* cuius textus emendatio nobis non est permissa: Facit etiam ratio à nobis supra allata; absurdum namquè esset, vt data in eodem testamento hęreditas adimi posset; Facit etiam *d. l. si certarum §. si eodē ff. de milit. test.* Supponit enim Cuiacius agi ibi de tota hæreditate adempta ab institutis. At id verba legis non demonstrant. De vno enim hęrede loquũtur exhęrede facto: possunt autem plures esse hęredes, quo casũ, si Paganus vni adimeret hæreditatem, nulla ratio esset, cur testamentum, quod ad cętera corrueret, cum adhuc ex aliorum cohæredum institutione posset sũbstineri. Nec quid faciunt verba dicti contextus ibi *cum in Paganorum testamentis sola hæreditas exhæredatione adimi non possit.* Ea enim verba significant solam hæreditatem in eodem testamento non posse adimi à Paganis, cum cętera possint *l. si ità sit adscriptum 14. ff. de leg. 1.*

12 Neque † obstat *l. pater fam. 44. ff. de hęred. inst.* ex quo textu videtur apertè probari, hæreditatem datam in eodem testamento adimi. Nam respondeo ibi datam non fuisse hęreditatem, aut saltem datam non adimi. Data enim fuit sub cōditione, & sub contraria cōditione adempta, quæ vera ademptio non est, cum deficiente conditione non possit hæres hęreditatē consequi; adempta ergò est hæreditas in eum casum, quo data non est. Quamuis enim videatur in eo textu hæreditas purè data, quod non per modum conditionis hęredes iussi sunt monumentum fa-

13 cere, tamen † cum non ex formula verborum pendeat, an conditio sit, nec nè, sed ex mente, & voluntate Testatoris *l. 2. ff. de his quæ pęnę nomine l. in conditionibus §. 1. ff. de cond., & dem. l. Mænia ff. de man. test.* intelligitur *ex l. in ratione §. tametsi ff. ad l. falcid. iuncta l. facta §. rescripto ff. ad Trebell. pulcherrimus textus in l. si ità fuerit §. fin. ff. de man. test.* Voluisse Testatorem non aliter institutos hæredes esse, quam si monumentum fecissent, intelligitur ex sequentibus verbis, *si non fecerint exhæredes sunto.* Si enim vult hæredes eos non esse, si non fecerint, necessariò vult hęredes esse eos si fecerint, ergò licet figuram conditionis verba institutionis non contineant, ex mente Testatoris, quę ex sequentibus verbis declaratur, vim conditionis habent. Idem contingebat olim in hæredibus institutis cum cretione, qui licet purè verbis attentis instituti viderentur, vi tamen ipsa sub conditione erant instituti, si intrà diem cretionis cernerent, Verba cretionis ea erant. *Titius hæres esto, cernitoque in diebus proximis centum quibus scieris, poterisque, nisi ità creueris exhæres esto.* Ità institutus excludebatur, si intrà diem cretionis non creuisset, *Vlp. in fragm. tit. qui hęred. inst. poss. 22. §. Cretio, & sequ.* Neque tamen ei adimebatur hæreditas data, sed data hæreditas intelligebatur, si creuisset; quę voluntas Testatoris intelligebatur ex illis verbis, *nisi ità creueris exhęres esto.* Cum enim vellet Testator hęredem non esse, si non creuisset, colligebatur voluisse hęredem cernere, vt hęres fieri posset, & sic conditionem institutioni apposuisse. Vndè si sub imperfecta cretione fuisset hæres institutus ità *Titius hæres esto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus scieris,* pote-

poterisq; si non creueris tunc Manius heres esto. Etiam si non creuisset, sed prò hærede gessisset, hæres fiebat, duntaxat substitutum in partem admittebat *Vlp. d. tit. 22. §. si sub imperfectam*. Ratio erat, quià non erant adiecta ea verba *si non creueris exhæres esto*. Vndè non poterat intelligi sub conditione institutum hæredem,
14 si cerneret: à verborum enim † proprietate non recedimus, nisi aliter de mente Testatoris appareat *l. non aliter ff. de leg. 3*. Ergò quamuis gereret se prò hærede, acquirebat hæreditatem, sed quià implebatur conditio, sub qua Meuius erat institutus, & ipse Meuius in partem admittebatur.

15 Sępius autem † Testator, & in ipsa institutione conditionis verba exprimebat, & sub contraria conditione exhęredabat *l. si quis testamento 11. ff. de cond. instit. l. vxorem §. hęres ff. de leg. 3. l. Seius, & Augerius ff ad l. Falcidiam*, quo casu addita sub contraria conditione exhæredatio, interdum necessaria erat, putà filio in potestate existente, qui sub casuali conditione non potest institui *l. 4 ff. de hæred. inst.* vt benè obseruat Cuiacius *ad l. si quis testamento 11. ad Iulianum ff. de cond. instit.* Semper vtilis; Magis enim illis verbis, & illa exhæredatione demonstrabat Testator velle se, hæredem sub conditione institutum, & non aliter admitti velle, quam prius conditione impleta.

16 Ego † itàque, ea retenta sententia, non posse in eodem testamento hæreditatem datam adimi, ità respondendum else ad difficultatem propositam *ex d. l. 1. §. pen.*
17 *ff. de his quę in test. del.* existimo; vt † pars quidem hæreditatis adimi possit, dū alijs datur, vel dùm aliorum portio augetur *ex l. si inæqualibus 12. ff. de hęred. instit.* Ità enim consequenter aliorum portio minuitur, & sic quodammodò adimitur. Et quantum ad hanc partem spectat sequor ipsius Cuiacij interpretationē. Plane aduertendū hanc non esse adēptionem, nisi in cōsequentiam, sed hoc casu verè dici potius nō datū, quam adēptū: nā si testator hæredes ex disparibus partibus scripserit, deindè iubeat eos esse ęquè hæredes, auget portiones eorum, qui ex minoribus partibus scripti erant; sed alijs non adimit, nisi in consequentiam, sed potius non data illa pars hęreditatis censetur. Nam cum Testator possit prò vt vult disponere, & non solùm duodecim vncias conficere, & in duodecim vncias hęreditatem suam distribuere, sed possit, si velit etiam in plures asses: donec perfectum testamentum non est, non potest dijudicari, quid singulis hęredibus sit datum, quià alijs, vel etiam ijsdem anteà scriptis nouas partes assignando, iam datę decrescunt, & minuuntur. Id verò licet Testatori, & ex post facto, videlicet cum iam perfectum est testamētum apparet quid datum singulis fuerit. Non autem quid dici potest ademptum. Aliòqui Testator, qui vnum hæredem instituisset, non posset alium cohæredem illi dare, quià aliū instituendo, qui ad eamdem hęreditatem concurrit, illi hęreditatis partem adimeret, qui totam esset habiturus, nisi alius prætereà fuisset institutus.

Tota difficultas est in eo, quod dicitur, non solùm partem hæreditatis iure adimi, verum etiam, & totam hęreditatem. Ego itàque respondeo, totam dici adimi posse à substituto, vt probatur ex illis verbis *si fortè sit substitutus*. At à substituto adimi posse existimo, ità vt illa regula locum habeat duntaxat in hæredibus institutis, non autem in substitutis. Ratio autē differentiæ ea est, quià institutio illa est, quę dat robur testamēto, ergò illa nō potest vim dare testamēto ad sui destructionē, vt suprà latius diximus. Hęc ratio cessat in substituto. Substitutio ad validitatem testamenti nihil operatur: superflua est, dum adsunt instituti. Qua ratione
18 † etiamsi à primo gradu sit filius exhęredatus, à secundo prętermissus, licet secūdus gradus ab initio nullus sit, valet tamen testamētū, & primo gradu institutis defertur hęreditas *l. si à primo ff. de lib. & posth.*
19 Quamuis † enim, & substitutus institutus dicatur *l. mulier §. fin. ff. de cond. inst.* tamen ad hunc effectum adimendę hæreditatis prò non instituto habetur. Quāuis enim fieri possit, vt deficientibus institutis, testamentum per substitutos
20 sustineatur, tamen † testamentum vires suas accipit ab institutione, & defectus hæredum potius testamentum infirmat;

M

mat; non est tamen ad testamentum validum constituendum, necessaria hæredis existentia §. *posteriore inst. tit. quib. modis test. infirm.* Itaque in substitutis receptum, ad effectum adimendæ hereditatis, potius non datam eis hæreditatem, quam ademptam videri: Et † eò facilius hec admissa interpretatio, quod regulæ istæ strictè sint intelligendę *argumento l. 1. §. veteres ff. de acq. possess.* tanquam quæ sint contrà latissimam facultatem à legibus duodecim tabularum concessam *l. verbis legis ff. de verb. signif.*

21 Sanè constituendam ego existimo differentiam inter substitutum, & institutum sub conditione in proposito hoc nostro: quamuis enim substitutus sit sub conditione institutus, *si primus hares non erit:* tamen scriptus est in secundo gradu, nec vires accipit testamentum ex illa substitutione, vt dictum est. Secus est, si quis sit institutus sub conditione: nam, & ex conditionali institutione testamentum vires accipit *d. §. posteriore* quià primùm, & institutis sub conditione pars hereditatis, vel tota hæreditas data est. Vnde † licet Prætor etiam institutis sub conditione det bonorum possessionem secundum tabulas *l. 3. §. si sub ea conditione ff. de bonor. poss. secund. tab.* tamen substitutis non dat bonorum possessionem, donec extant instituti, qui eam petere possunt *l. 2. § deferetur ff. de bon. poss. sec. tab.* Item † potest suus heres sub conditione etiam casuali institui, si filius non sit *l. 4. in princ. ff. de hære. inst.* idem † tamen non posset substitui, aliòquin instituto herede existente, ipse omninò excluderetur, ergò hoc casu testamentum inciperet à secundo gradu, *argum. l. ex facto §. Lucius ff. de vulg.*

22

23

24

Ad l. natu 21. in Princ. ff. de leg. 3. Caput XVIII.

SVMMARIVM.

Refertur expositio Cuiacij ad hanc legem. num. 1.

Is potest fideicommittere, qui testandi ius habet. n. 2. & 9.

Retinetur lectio d. textus, & defenditur verba Vlpiani fuisse, non Triboniani n. 3. & seq.

Cur mutus olim non poterat testari. n. 4.

Muti Testamentum valebat factum ante superuenientem morbum. n. 5.

Testes à Testatore rogandi, alioqui testamentum non valet. n. 6.

Testes in codicillis non sunt rogandi n. 7.

Codicilli sollemnitates non desiderant. n. 8.

Declaratur quomodò intelligenda sit regula illa, eum posse fideicommittere, qui potest testari. n. 9.

Ille potest facere codicillos qui testari non potest facto non impeditus. n. 10.

Seruus rectè stipulatur Domino suo infanti. num. 11.

Mutus etiam tempore Vlpiani potuit facere Codicillos. n. 12.

Surdus à natura cur olim posset codicillos conficere. n. 13.

Nutu etiam (inquit Vlpianus) relinquitur fideicommissum, dummodò is nutu relinquat, qui, & loqui potest, nisi superueniens morbus ei impedimento sit. Iacobus † Cuiacius *ad l qui in potestate 6. §. surdus ff qui test. fac. poss* &
1 Eruditiores omnes existimant non Vlpiani esse verba illa, *nisi superueniens morbus ei impedimento sit*; sed Triboniani respicientis ad Constitutionem Iustiniani *in l. discretis C qui test fa. poss.* qui quidem Iustinianus mutis, & surdis testamenta facere cōcessit iuxtà formam eius constitutionis (antè quam fuit incognitum mutum posse condere Testamentum *d. l. 6. §. 1. l. mutus 7. ff. qui test. fac. poss.*) & consequenter posse etiam fideicommissa relinquere, cum † his possit
2 fideicommittere, qui testandi ius habet *l. 2. ff. de leg. 1. l. 1. in princ. ff. de leg. 3.*

Ego

3 Ego † verò aduersus hanc receptissimam doctissimorum Virorum sententiam contendo verba illa fuisse Vlpiani, cuius tempore, licet mutus non posset testari, si tamen mutus ex accidenti fuisset effectus, certissimum puto potuisse illum fideicommissa relinquere.

Fundamentum præcipuum est, quià mutus tempore Vlpiani, non tam iure testari prohibebatur, quam facto impedie-
4 batur. Si † rationem quæramus cur olim mutus Testamenti factionem non habuerit, eam reddit Vlpianus *in fragm. tit. 20. de test. in §. mutus:* quoniam verba nuncupationis loqui non potuit; solebat enim Testator olim tabulas Testamenti tenens ità dicere: *hæc vti his tabulis, cerisue scripta sunt ità do, ità lego, ità testor; vos itàque, Quirites testimonium perhibetote* vt ibidem idem testatur Vlpianus: quę tamen ratio videri potest nō esse generalis: ea namq; nuncupatio necessaria erat ex ipso Vlpiano in Testamento, quod per Æs, & Libram fiebat. Itàque generalis ratio desumi potest à Paulo *recept. sent. lib. 3. tit. 4. de Testam. §. cęcus* qui dum reddit rationem, cur cęcus non prohibeatur testari, ostendit eum, qui testamentum condere vult, & loqui debere, & audire, loqui quidem, vt testes possit accire, & verbis rogare, audire autem requiritur testimonium sibi perhibentes; neutrum autem impedimentum, cum in cęco reperiatur ostendit Paulus nihil esse, quod eum prohibeat testari.

Mutus ergò testari non potuit olim, quòd verba solemnia quibus testes rogaret non posset proferre, & sic quià fa-
5 cto impediebatur, non iure; Nam † si fortè mutus antèquam mutus fieret Testamentum fecisset, illud ob superuenientem morbum non infirmabatur *d. l. 6. §. 1. ff. de Testam. §. item surdus instit. quibus non est permiss. fac. test.* quià verba amplius non desiderabantur, & mutus ille erat, qui, quantum ad Iuris capacitatem attinet, poterat testari, ideò mutus effectus ex Testamento, quod antea fecerat, habebat hæredes.

At verò eo facto, quo mutus impediebatur testari, non item impediebatur codicillos facere, & fideicommissum relinquere, ergò codicillos facere, fideicommissum relinquere poterat. Testari mutus non poterat, quòd Testes nō posset solemnibus illis verbis rogare, qui † 6
vtique à Testatore sunt rogandi, aliòqui Testamentum non valet *l. hæredes §. pen ff. de Testam. l. hac consultissima in princ. C. de Testam.* hoc impedimentum cessabat in muto volente codicillos facere, &
fideicō missa in illis dare, quià † in his Te- 7
stes non sunt rogandi *l. fin. §. fin. C. de Codicill.* cum † nullam solemnitatem obser- 8
uationis desiderent *§. fin. inst. tit. de codicill.* ergò mutus poterat codicillos facere, & fideicommissa dare.

Quamuis † enim nobis ea regula sit cō- 9
stituta, illum posse fideicōmissa dare, qui potest testari *d. l. 2. ff. de leg. 1. l. 1. in princ. ff. de leg. 3.* mutus autem testari non possit, inde videatur dicendum, nec potuisse fideicommissa relinquere, tamen animaduertēdum est, regulam declaratione indigere, & ità declarandam, vt potestas, & facultas testandi intelligatur quò ad Ius, non quò ad factum, vt ille quidem, qui si capacitatem Iuris inspiciamus, testari nō potest, nec possit fideicommissa dare, quod si quis sit, qui quantum ad ius pertinet, is est, qui posset testari, facto tamen impeditur; quià solemnitatem aliquam implere non potest, quæ Iure requiritur, si illud impedimentum cesset in codicillis conficiendis, in fideicommissis dandis, poterit fideicommissa dare, poterit codicillos conficere.

10 Regulam † ità declarandam intelligimus *ex l. conficiuntur §. 1. ff. de Iure Codicill.* vbi regula ponitur illum posse facere codicillos, qui Testamentum quoque facere potest. Sed quid, si Rure quis fortè degens non nisi quinque testes habere possit; is sine dubio non poterit facere Testamentum, cum ad Testamentum conficiendum requirantur septem *l. hac consultissima C. de Testam.* an ergo poterit facere codicillos? Respondet Paulus *in d. §. 1.* non illud exigendum, vt qui facit codicillos possit eo tempore Testamentum facere, sed vt iure Testamenti factionem habeat; idest non est inspiciendum, an possit ille, qui codi-

cillos facit eo tempore ea de facto implere, quę ad testamentum conficiendum sunt necessaria: sed illud est attendendum, an Iuris habeat capacitatem. In proposito is, qui septem testes habere non potest, testari non potest facto impeditus, non iure, illud facti impedimentum cessat in codicillis, quod non nisi quinque in codicillis requirantur, ergò valebunt codicilli. Eàdem ratione mutus facto impeditur, quominus possit testari: quià scilicet loqui non potest, & testes rogare, & Iuris solemnitatem implere. Vndè dici potest iure testari prohiberi, sed non ob defectum Iuris sed ob defectum facti; sicuti, & iure testari quis prohibetur, si septem testes non habeat: facto ergò impeditur, hoc impedimentum cessat in codicillis conficiendis, in fideicommissis dandis, in quibus verborum, vel alia solemnitas non requiritur, ergò rectè poterit mutus dare fideicommissa, & codicillos facere. Confirmo: nam certum est seruum capacitatem à Domino suo accipere *l. non minus ff. de hered. inst. l. si mihi §. regula ff. de leg. 1.* alióqui prò nullo, prò mortuo habetur *l. quod attinet l. seruitutem ff. de reg. Iur.* Pone: quidam Dominus infans est, & ideò cum loqui non possit, nec poterit stipulari *l. 1. in princ. ff. de verb. oblig. §. pupillus inst. de inut. stipul.*

11 An † poterit seruus Domino suo infanti stipulando acquirere? Vtique *d. l. 1. in princ. ff. de verb. oblig.* Quamuis enim infans stipulari non possit, tamen impedimentum est facti, non iuris. Cum itàque factum illud non debeat expleri ab infante sed à seruo, qui loqui potest, & quid agat intelligit: iam cessante impedimento facti capacitas illa, quę Iuris est ad effectum acquisitionis seruo communicatur: Indè seruus stipulando Domino infanti acquirit, idem dicitur *in d. l. 1. in princ.* de seruo muti, & surdi.

12 Sed † potuisse mutum etiam Tempore Vlpiani codicillos facere, & sic fideicōmissa dare, probatur euidenter ex *l. conficiuntur §. si post Testamentum ff. de iure Codicill.* vbi hęc quæstio proponitur. Quidam Paterfam. Testamentum fecerat, & in fine Testamenti codicillos confirmauerat. Post factum Testamentum se dederat in adrogationem, & dum filius fam. erat, & in potestate Patris adrogatoris, confecerat codicillos, posteà emancipatus fuerat, & sui Iuris effectus decesserat. Quęsitum fuit an ex codicillis legata deberentur. Inquit I. Consl. *nam, & Testamentum valet.* Quę verba continent rationem prò validitate codicillorum, nempè ex eo, quod valet Testamentum eo in casu *§. non tamen instit. tit. quibus modis test. infirm.* deducit argumentum Iur. Cons. vt valeant etiam codicilli. Verùm in sequentibus verbis subijcit rationē dubitandi aduersus codicillorum validitatem: subdit enim, *sed eo tempore eos fecit, quo Testamenti factionem non habuit:* quasi dicat non benè ex validitate Testamenti deducitur argumentum ad validitatem codicillorum; quamuis enim valeat testamentum; non tamen statim consequens est valere, & codicillos: nam Testamentum in casu proposito factum fuit eo tempore, quo defunctus sui iuris fuit, & potuit testari. At verò codicilli facti sunt eo tempore, quo illos iure non potuit conficere, nec Testamenti factionem habuit, cum esset filius famil. Et vt hanc rationem Iur. Cons. confirmet respondet tacitæ obiectioni, quæ fieri posset ad probandum eum, qui Testamentum facere non potest, posse tamen codicillos, ità vt valeant, & codicilli, quasi testamento confirmati. Argumentum autem est de Muto. Verba Iuris Cons. hæc sunt. *Nec similis est Muto, qui rectè codicillos confirmauerit, licet enim is Testamentum facere non possit, tamen Testamentum quod anteà fecerat in eodem statu est. Huius autem Testamentum sublatum est, & de alienis quodammodò rebus testatur.* Vt argumentum, quod remouere intendit Iuris Cons. sit efficax, necesse est, vt ponatur eum qui testamentū fecerat mutum effectū; deindè codicillos, quos testamento confirmauerat confecisse eo tēpore, quo Testamentum facere non poterat, vt potè cum iam mutus esset. Item, & ponendum hos codicillos à Muto factos valere; & ità prima facie valebit argumētum à Muto ad filiumfam. Sicuti enim

Codi-

Codicilli à Muto facti valent, & confirmantur ex eo testamento quod fecerat antequam mutus esset, itá videbitur dicere posse valere, & codicillos factos à filiotam. & confirmari ex eo testamento quod fecerat, antequam se in adrogationem daret. Verùm remouet obiectionē Iuris Conf. & similes illos casus non esse ostendit, assignatque diuersitatis rationem; nàm Testamentum, quod fecerat ille, qui posteá mutus effectus est, non fuerat infirmatum ex morbo superueniente, ergò ex eo poterant codicilli posteá facti à Muto confirmari. At verò Testamentum factum ab eo, qui posteá dederat se in adrogationem, fuit per capitis diminutionem sublatum, & irritum factum *§. alio autem modo inst. tit. quibus modis test. infir.* Prætereà iste filius fam. effectus quo tempore facit codicillos de alienis rebus testatur, cum omnia sua bona in patrem adrogatorem transtulisset *instit. tit. de acq. per adrogat. §. 1.* At verò mutus de rebus suis dispo nit. Neque enim ex superueniente morbo Dominus esse desinit.

Ergò prò explorato, & certissimo Iur. Conf. supponit mutum posse codicillos facere, & in illis legata, & fideicommissa relinquere, alioqui nulla esset dubitādi ratio, nulla esset obiectio, quæ remoueretur, nulla esset, vel esset inepta ratio diuersitatis, quæ adfertur (Decisio, quæ sequitur in textu ad rē nostrā nō pertinet.)

Quòd si itá est mutum, & olim codicillos facere potuisse, non est, cur ea verba, *nisi superueniens morbus impedimento ei sit.* Triboniano tribuere velimus, non ipsi Vlp. imò enim necessariò Vlpiano erunt adscribenda, alioquin efficeremus, Vlpianum sensisse mutum etiam ex superueniente accidenti non potuisse olim codicillos facere, quod tamen falsum est.

13 Dices † si mutus ex accidenti potuisset facere codicillos, vtique potuisset, & mutus à natura eadem ratione, nàm & is facto impeditur testari, quod factum in codicillis non requiritur. Mutus tamen à natura excluditur ab Vlpiano *in d. l. nutu.* Dum enim concedit ei fideicommissum relinquere, qui ex superueniente morbo impeditur, satis id negare intelligitur ei, qui mutus est à natura *argumento l. cum Prætor ff. de iudicijs.* Respondeo mutum à natura vt plurimum, & à natura surdum esse *l. discretis §. sin verò infortunium C. qui Testam. fac. poss.* Qui nec intelligit quod agit, nec satis potest ostendere, & significare quid intendat, ergò non mirum, si ab Vlp. excludatur. Quamuis enim interdum, & mutus à natura possit velle, & suam voluntatem significare, vel scriptis, vel nutu, videlicet quandò surdus non est; tamen cum regulam affirmatiuè poneret Vlpianus, idest nutu posse fideicommissum relinqui, vt vera illa esset, oportuit illum subijcere, *dummodò is relinquat, qui loqui potest.* Alioqui si indistinctè nutu relinqui posse dixisset, etiam ab eo, qui loqui non posset, vtiquè fuisset falsa: nàm, & mutum, & surdum à natura comprehendisset. Voluit ergò ostendere Vlpianus, eum posse nutu relinquere fideicommissum, qui loqui potest, & intelligit quod agit. Cæterùm hęc regula, quæ de his, qui loqui possunt, affirmat, de aliquibus, qui loqui non possunt nō negat, sicuti qui affirmat homines rerum experientia prudentes effici: vtiquè non negat studio etiam, & rerum gestarum lectione idem assequi posse.

Explicatur §. si generaliter inst. tit. de Legatis. Caput XIX.

SVMMARIVM.

Si legatum sit per vindicationem, electio legatarij est; si per damnationem est hæredis. n. 1. & n. 9.

Electio eius est, qui actionem potest eligere. n. 2.

Legatum rectà via transit à Testatore in legatarium. n. 3.

Hæredit as hęredes obligat ad legata. n. 4.

Si res ab vno ex hæredibus legetur per vindicationem legatum consistit duntaxat pro ea portione, in qua ille hæres est. n. 5.

At si legetur per damnationem, solida res debetur. n. 6.

Assignatur ratio differentię. n. 7.

In legato per damnationem, hęredis fuisse electio-

totum acquiri possit, neque enim hæreditas prò parte acquiri, prò parte repudiari potest, vt dictum est *ex l. 1. & 2. ff. de acq. hered.* Ità efficere eadem ratio debet, vt qui partem repudiat totum repudiare velit, cum non nisi tota hæreditas possit repudiari. Ratio autem † differentiæ ea est: quià qui partem adit, vel partem omittit, de alia parte nihil sentit, neque eam omittit, neque adit. Itàque si agamus de eo qui partem omittit, verũ est eum de alia parte nihil velle, & ideò eum non omittere. Ergò cum is totum non omittat, non valet repudiatio, quæ non nisi totius fieri potest. At si agamus de eo, qui partem adit, verum quidem est, aliam partem non adire, nec omittere, qua ratione, sicuti nulla est partis omissio, ità videri posset nulla partis aditio; sed alia ratio efficit, vt aditio valeat & hæres fiat in totum, qui prò parte adit, nempè quià sat est, vt partem velit ad hoc vt totum habeat, licet de alia parte nihil cogitet; nam ex eo quod partem vult, & partem acquirit, ei parti reliqua accrescit, non ex adeuntis voluntate, sed iuris potestate. In omittente hęc ratio non viget. Is enim qui partem omittit vtiquè non vult totum omittere, ergò neque totum ei auferendum est contrà ipsius voluntatem, nec parti repudiatæ accrescit pars reliqua. Ius enim accrescendi auget partem, non aufert, ergò potiùs nulla, & inutilis est repudiatio. Et in proposito benè, & Philosophicè loquitur Bartolus *in l. 1. n. 4. ff. de acqu. hared.* Inquit illud, quod aliquid est positiuè augumentum recipere, sed non posse augumentum recipere quod nihil est. Adire hęreditatem pro parte est aliquid acquirere, & ponit aliquid in persona adeũtis, ideò illud quod positũ est trahit ad se aliam partem. Repudiatio autem nihil ponit in persona repudiantis, imò priuat, ideò non trahit ad se totum.

27 Ad † comprobandam rationem à nobis suprà allatam cur is, cui plures partes sunt datę, vnam non possit abijcere, videlicet quià ex voluntate Testatoris, & aliam inuitus acquirit, legis concurrente potestate. Videtur prima facie facere textus *in l. qui ex duabus 53. ff. de acq. hared.* vbi ponitur quis ex duabus partibus institutus, ex vna purè, ex alia sub conditione, dicitur, si pendente conditione decesserit, & postea extiterit conditio aliam partem ad hęredes ipsius pertinere; ex hoc textu videtur colligi datum cohęredem: nam aliòqui si solus fuisset ille institutus, statim adita ea portione, quæ purè data esset, fieret hæres in totum, cum ab initio appareret in totum hęredem futurum *l. si quis ità ff. de hared. inst. l. cum hęres §. fin. ff. de acq. hęred.* cũ itàq; conditio expectetur argumentum est cohæredem datum; & tamen portio data sub conditione solis hæredibus eius, qui aliam portionem adiuit, acquiritur: ergò acquisitio non sola legis potestate contingit, sed ex testatoris voluntate, qui scilicet voluit partes illas diuidi non posse, sed ei soli acquiri, cui datę sunt. Verum non ità possumus legem illam interpretari. Obstat enim *l. liber homo §. si ità scriptum ff. de hered. inst.* vbi duobus institutis primo, & secundo, & primo data parte purè, & altera parte sub conditione, si Primus adita parte sibi delata decedat pendente alterius partis conditione, non hæredibus ea pars acquiritur defuncti, qui partem illam adiuit, sed omnibus ęquè portionibus accrescit, & ea ibi redditur ratio, quià pars illa non poterit ei data videri, qui tempore dandi (idest tempore existentis conditionis) in rerum natura non fuit, ergò idem dicendum esset in casu *d. l. qui ex duabus* si ei, qui ex duabus partibus fuerat institutus datus fuisset cohęres. Itàque benè eum textum, videlicet, *d. l. qui ex duabus* interpretatur Castrensis, qui monet ponendum solum fuisse institutum purè illũ, qui ex duabus partibus fuit institutus, ità tamen, vt in parte, quę ei data est sub conditione cohæredem habuerit sub contraria conditione cohæredem. Putà testator ità dixit; *primus hęres esto ex semisse, idem primus ex alio semisse hares esto, si nauis ex Asia venerit, si non venerit secundus hares esto*; Adiuit iste primus ex semisse, in quo purè fuit institutus, & pendente adhuc conditione decessit, deindè Nauis ex Asia venit, & sic defecit conditio, sub qua secundus fuit vocatus, ergò solus reperitur hæres

hæres ille primus, ad cuius portionē necesse est accedere, & alium semissem, & sic alium semissem ad heredes primi trāsire, qui primum semissem habent. Ad illos ergò venit alius semis, non tàm quod valuerit, & effectum sortita fuerit institutio conditionalis in persona primi, quàm quià defecit conditio, sub qua fuit secundus institutus, & inducta est necessitas Iuris accrescendi. Plane primus adeundo semissem sibi purè datum, non potuit totam acquirere hæreditatē, quià in alio semisse habuit cohęredem, licet sub conditione, itàque tempore conditionis non fuit certum totam hęreditatem ad primum perueturam, cum posset existere conditio, sub qua secundus fuit institutus, eaque existēte eidem alius semis acquiri. Itàque hoc textu circumscripto, satis tamen probatum fuit datis pluribus partibus vni à testatore, non concedi facultatem heredi, alias adire, alias repudiare, sed perindè esse ex eiusdem Testatoris voluntate ac si vnica pars data esset; quo casu, sicut non potest hęres eam partem scindere, ità, nec potest qui ex pluribus partibus est institutus alias adgnoscere, alias repudiare.

28 Hoc † sic posito iam constat, cur, etiamsi substitutum in aliqua parte institutus acceperit, non possit tamen hanc partem repudiare alia agnita. Nempè quià substitutus in defectum instituti vocatur, cuius institutio prima causa est, ità vt ex voluntate Testatoris prius institutus sit admittendus, eo excluso, substitutus. At verò si institutus partem acceperit hęreditatis, ex voluntate Testatoris inuitus aliam partem acquirit, ergò non potest locus esse substituto, nec ex voto Testatoris. Substituti enim sunt adinuenti, vt quis hæredes habeat, & testatus decedat, institutis fortè repudiantibus, vt intelligitur *ex instit. tit. de vulg. substitutione in princ.* Si ergò possit Testator hæredem habere institutum, non vult vnquam substitutum admitti. At potest habere in casu prędicto, ergò substitutus excluditur.

29 Neque † enim substitutio, quę additur, vt magis Testator hęredes habeat ex testamento, efficere debet, vt minus habeat, & vt portio, quæ aliòquin inuito acquireretur instituto, ad substitutum transeat, qui eam posset repudiare, & sic contrarium effectum operari *argumento l. legata inutiliter ff. de adim. leg. l. legata 19. ff. de leg. 1. l. cum tale §. fin. ff. de cond. & dem. l. Titia §. fin. ff. de manum. test.*

30 Neque † obstant allata in contrarium. Nam ad primum respondeo, rationem, cur hæres non possit partem hęreditatis acquirere, partem repudiare, non esse eam solam, quià defunctus non potest prò parte decedere testatus, prò parte intestatus, sed eam etiam iungendam esse, quià Testator non vult iudicium suum diuidi. Velle enim creditur, & vult expresse, non iure accrescendi coheredibus portionem vni datam ex pluribus accrescere, sed illi eidem acquiri, cui dedit, quæ eadem voluntas manet etiam dato substituto, vt demonstrauimus. Nec diuisio partium facultatem instituto tribuit hæreditatem scindendi, vt dictū est.

31 Ad secundum † respondeo ex eo, quod Testator dat substitutum non videri permittere instituto, vt repudiare possit hęreditatem, vt probatur *ex l. Iulianus ff. si quis omiss. cau. test.* Si enim patrem quis instituerit, eique filiam substituerit, non licet patri repudiare ex institutione, & ex substitutione filia ipsius iussu adeunte, hæreditatem habere, sed imò si repudiet incidit in illud Edictum: ratio autem redditur ibi, *quià filia patri substituitur in casu, non vt arbitrium eligendi relinquatur.*

Neque obstat, quod aliòquin inutilis esset substitutio, nam imò vtilis esset, siuè institutus hæres esse non posset, siuè omnes partes repudiaret.

32 Minus † etiam obstat *l. 1. §. si proponatur ff. si quis omissa causa testamenti*, ibi enim cum idem sit institutus, & sibi ipsi substitutus, non potest aliter vtilis esse ea dispositio, nisi data licentia eidem ex institutione repudiandi, & ex substitutione adeundi. At in casu nostro potest etiam hac licentia non data vtilis esse substitutio, vt dictum est.

33 Tandem † non obstat, ea verba *si hęres non erit*, & substitutionē ipsam vulgarem duos casus continere, videlicet si primus, vel hæres esse non potuerit, vel noluerit-

luerit, vt videatur Testator qui substituit dare instituto licentiam repudiandi, frustrà enim substitueret, si institutus nollet, si nolle nō posset. Nam, omissa Fabri respōsione *err.6.dec.32.* qui considerat verba illa *si hæres nō erit* adiecta esse substitutioni, non institutioni; ideò nō posse videri instituto facultatem nolendi tribuere. Respondeo ego verba illa *si hæres non erit* in substitutione vulgari regulariter duos illos casus continere. Verùm non ex voluntate Testatoris, sed ex rei necessitate; Videlicet quià extraneum institutum, hæredem non esse, non potest fieri nisi, vel quià ille non possit, vel quià nolit, ergò si quo casu hæres institutus non possit repudiare, ex illis verbis, ex vulgari substitutione, non poterit intelligi data facultas repudiandi; quià hoc casu in illis verbis *si hæres non erit*, non continebitur casus noluntatis, nec re ipsa, nec ex mente Testatoris, quià nunquam ex mēte Testatoris casus ille subintelligitur, qui substitutum dando, nihil aliud intendit, nisi, vt ille admittatur, ità demum, si institutus hęres ipse non existat; Vult tamen, quantum potest, illum existere, ergò non debet intelligi Testator ei dare facultatem repudiandi, si quo casu aliòqui non haberet. Et verò regulariter in substitutione vulgari ex mente Testatoris casus illos duos non subintelligi, vt videatur Testator velle institutum hęredem esse, si voluerit, probatur: quoniam imò, si id sentiret, & exprimeret, inutiliter ageret exprimendo id, quod tacitè inest, & ex rei natura *l. 3. ff. de leg. 1. l. verba hęc ff. de cond. instit.*

Ad tertium respondeo non esse eamdem legati, & hęreditatis rationem. Potest pars rei legari, quià plures vnius rei Dominos esse non repugnat, itàque etiā parte legata, integrum legatum erit, & pluribus legatis constitutis; cum nihil commune alterum cum altero habeat, licebit vnum adgnoscere, alterum repudiare. Repudiatum apud hæredem manebit. At hęreditas est quid vnicum, non potest vacans esse in aliqua parte, quià non potest pro parte defunctus repręsentari. Necessè omninò est, vt hęredibus institutis tota acquiratur; ergò si fieri potest illis, quibus data est, licet per partes plures. His rationibus non censetur Testator, plures partes vni dando, concedere ei facultatem alias adeundi, alias repudiandi, vt dictum suprà est, sed potiùs velle, vt omnes illas partes habeat, qui vnam accipit. Itàque ex voluntate testatoris non licet, imò prohibitum censetur partes illas scindere, alias adeundo, alias repudiando.

An hæreditas in eodem testamento, in quo data est, adimi possit ad l. primam §. penul ff. de his quæ in test. del. Cap. XVII.

SVMMARIVM.

HAEreditas in eodem testamento adimi non potest. n. 1.

Redditur ratio. n. 2.

Hęredis institutio est forma testamenti. n. 3.

Forma dat esse rei. n. 4.

Hęreditas testamento, non codicillis, non pœnitentia adimitur. n. 5.

Codicillis cur adimi non possit hęreditas. n. 6.

Refertur expositio Glossa, Bartoli, & Doctorum communiter ad l. 1. §. penult. ff. de his qua in test. del. n. 7.

Reprobatur. n. 8.

Refertur expositio Iacobi Cuiacij. n. 9.

Explicatur l. paterfam. 44. ff. de hared. instit. n. 10. Et rursus. n. 12.

Reprobatur expositio Cuiacij. n. 11.

Conditio sit, an non, ex mente Testatoris inspiciendum, non ex verborum formula. n. 13.

A proprietate verborum non recedendum. n. 14.

Ad quid olim sępè Testatores sub conditione instituerent, sub contraria conditione exhæredarent. n. 15.

Explicatur ab Authore textus in d. l. 1. §. pen. ff. de his quę in test. del. n. 16. & seq.

Qua ratione pars hęreditatis adimi possit in eodem testamento. n. 17.

Testamentum valet, licet secundus gradus ab initio sit nullus. n. 18.

Substitutus rectè dicitur institutus. n. 19.

Institutio hæredis, non existentia, ad validum constituendum testamentum est necessaria. n. 20.

Regu-

Regulæ Iurisprudentum strictè accipiẽdæ. n. 21.
Prætor dat bonorum possessionem institutis sub conditione, non tamen substitutis, donec instituti hæredes existere possunt. n. 22.
Suus hęres excepto filio potest sub casuali conditione institui. n. 23.
Non tamen potest substitui. n. 24.

1 REgula † dicitur esse Iuris Ciuilis, hę-
reditatem in eodem testamento
adimi non posse *l. si ità scriptum*
§. regula ff. de lib. & posth. Et soli militi
permissum est, in eodem testamento eũ,
quem semel hæredem scripsit exhære-
dem facere, cum aliòquin in Paganorum
testamento sola hæreditas exhæredatio-
ne adimi non possit *l. si certarum §. si eo-*
2 *dem ff. de milit. test.* Ratio † cur Pruden-
tes hanc regulam induxerint, euidens
3 est meo iudicio, quoniam † cum hære-
dis institutio, & hæreditatis datio sit for-
ma testamenti *§ ante hæredis inst. tit. de*
leg. l. 1. ff. de hæred. inst. & det esse testa-
4 mento, quod † proprium est formæ, qua
sublata res perit *l. Iulianus §. si quis rem*
ff. ad exhibendum. Absurdum vtiquè exi-
stimatum est, vt in testamento, quod ex
hæredis institutione vires accipit, hære-
ditas adimatur: ità enim institutio robur
daret testamento ad sui destructionem:
cum enim non quomodòcumque hære-
5 ditas adimi possit, sed † certis modis, &
pręcipuè in testamento *§. posteriore instit.*
tit. quibus modis test. infirm. non etiam co-
dicillis *§. penult. inst. tit. de codicill.* non
nuda voluntate, & pœnitentia *§. pen. in-*
stit. tit. quibus modis testam. infirm. Ab-
surdum visum est, vt testamentum, quod
ex hæredis institutione, & propter hæ-
redis institutionem consistit, valeat ad sui
ipsius destructionem, & ad tollendam
propriam formam, quod vtiquè naturę
6 rerum omnium repugnat. Sic † vide-
mus non posse codicillis adimi hęredita-
tem *d. §. penult. instit. tit. de cod. l. penult.*
ff. de cond. inst. Ratio deducitur *ex l. quod*
per manus ff. de iure codicill. Nempè quià
absurdum est, vt ex codicillis, qui robur
accipiunt ex testamento, testamentum
ipsum infirmetur, ergò magis est absur-
dum, vt testamentum idem, quod ro-
bur accipit ex hæredis institutione, eam-
dem hæredis institutionem destruat, &
infirmet.

Aduersus hanc regulam obstare quam
maximè videtur *l. 1. § pen. ff. de his quę in*
test. del. Vbi dicitur, & portionem hęre-
ditatis, & totam hęreditatem in eodem
testamento iure adimi, non quasi adem-
pta sit: quoniam hęreditas semel data adi-
mi facilè non potest, sed quasi nec data.
Ex quo textu euidenter probari videtur
non solùm partem hęreditatis adimi pos-
se in eodem testamento, verùm, & to-
tam etiam hęreditatem.

7 Glossa † Bart. & communiter Docto-
res textum ità interpretantur, vt ipse
idem scriptus hęres, vel ex parte, vel in
totum deleuerit, & cancellauerit suam
institutionem, inquiunt enim hunc in
pœnam sui facti hęreditate à lege priua-
8 ri. Sed † hæc expositio omninò est diui-
natiua, verbis legis non conuenit, quæ de
ademptione sunt, non de inductione, &
cancellatione, & nullũ verbũ in eo textu
de hærede, qui ipse testamentum deleat.

9 Iacobus † Cuiacius *ad l. si ità scriptum*
§. reg. ff. de lib & posth. fatetur in eodem
testamento posse hæreditatem adimi, &
partem, & totam; idem tradit *ad d. l. 1.*
10 *§. pen. ff. de his quæ in test. del.* Idque †
pręcipuè probat *ex l. pater fam. 44. ff. de*
hęred. instit. Vbi quis hæredes institue-
rat, & iusserat monumentum facere, in-
dè in eodem testamento subiecerat, siqui
monumentum non fecerit, omnes ex-
hęredes esse. Supponitur in eo textu va-
lere ademptionem hęreditatis, dunta-
xat ità verba illa accipiuntur, vt quicum-
que non fecerit exhęres sit, quod absurdũ
videatur ex alieno facto, vel culpa, quem
alligari hæreditati, vel ab illa excludi.
Itàq; quòd de omnibus Testator coniun-
ctim dixit, quià voluit omnes, qui non
facerent, exhęredes esse de vnoquoque
separatim accipitur, ità vt pluralitas (vt
loquuntur Doctores) in suas singularita-
tes resoluatur, pro vt contingit *in l. hoc*
articulo 29. ff. de hęred. instit. & alibi sæ-
pè. Ergò quod ad rem nostram attinet
colligitur ex eo textu hæreditatem eo-
dem in testamento rectè adimi; & ità
sentit Cuiacius. Sed quoniam obstant *d.*
l. si ità scriptum §. reg. ff. de lib. & post. & l.

si

si certarum §. si eodem ff. de milit. testam. existimat ipse textum *in d. §. regula* corruptum esse, & legendum *libertatem*, non *hareditatem*, vt sensus sit non posse, data seruo hæreditate, & simul libertate, eidem libertatem adimi. Textum verò *in d. l. si certarum §. si eodem ff. de milit. test.* ità explicat, vt miles possit adimere in eodem testamento hęreditatem cæteris saluis, quæ in testamento sunt disposita. At verò non idem permissum esse Pagano, qui ità hæreditatem adimere non potest, vt cætera in testamento scripta valeant; sed si hęreditatē adimat, omnia corruere necesse est. Et hunc putat sensum eorum verborum, quæ in eo textu leguntur, *cum in Paganorum testamento sola hęreditas exhæredatione adimi non possit.* Quæ verba ex mente Cuiacij ità sunt accipienda, vt Paganis hęreditatem quidem in eodem testamento datam adimere liceat, sed tamen non possit sola, sed ità vt totum testamentum corruat.

11 Verùm† quòminus sententiam Doctissimi Viri recipiam facit authoritas *d. l. si ità scriptum §. regula ff. de lib. & posth.* cuius textus emendatio nobis non est permissa: Facit etiam ratio à nobis supra allata; absurdum namquè esset, vt data in eodem testamento hęreditas adimi posset; Facit etiam *d. l. si certarum §. si eodē ff. de milit. test.* Supponit enim Cuiacius agi ibi de tota hæreditate adempta ab institutis. At id verba legis non demonstrant. De vno enim hęrede loquūtur exhęrede facto: possunt autem plures esse hęredes, quo casu, si Paganus vni adimeret hæreditatem, nulla ratio esset, cur testamentum, quod ad cętera corrueret, cum adhuc ex aliorum cohæredum institutione posset substineri. Nec quid faciunt verba dicti contextus ibi *cum in Paganorum testamentis sola hareditas exhæredatione adimi non posset.* Ea enim verba significant solam hæreditatem in eodem testamento non posse adimi à Paganis, cum cętera possint *l. si ità sit adscriptum 14. ff. de leg. 1.*

12 Neque † obstat *l. pater fam. 44. ff. de hęred. inst.* ex quo textu videtur apertè probari, hæreditatem datam in eodem testamento adimi. Nam respondeo ibi datam non fuisse hęreditatem, aut saltem datam non adimi. Data enim fuit sub cōditione, & sub contraria cōditione adempta, quæ vera ademptio non est, cum deficiente conditione non possit hæres hęreditatē consequi; adempta ergò est hæreditas in eum casum, quo data non est. Quamuis enim videatur in eo textu hæreditas purè data, quod non per modum conditionis hęredes iussi sunt monumentum fa-

13 cere, tamen † cum non ex formula verborum pendeat, an conditio sit, nec nè, sed ex mente, & voluntate Testatoris *l. 2. ff. de his quæ pęnę nomine l. in conditionibus §. 1. ff. de cond., & dem. l. Męuia ff. de man. test.* intelligitur *ex l. in ratione §. tametsi ff. ad l. falcid. iuncta l. facta §. rescripto ff. ad Trebell. pulcherrimus textus in l. si ità fuerit §. fin. ff. de man. test.* Voluisse Testatorem non aliter institutos hæredes esse, quam si monumentum fecissent, intelligitur ex sequentibus verbis, *si non fecerint exhæredes sunto.* Si enim vult hæredes eos non esse, si non fecerint, necessariò vult hęredes esse eos si fecerint, ergò licet figuram conditionis verba institutionis non contineant, ex mente Testatoris, quę ex sequentibus verbis declaratur, vim conditionis habent. Idem contingebat olim in hæredibus institutis cum cretione, qui licet purè verbis attentis instituti viderentur, vi tamen ipsa sub conditione erant instituti, si intrà diem cretionis cernerent, Verba cretionis ea erant. *Titius hæres esto, cernitoque in diebus proximis centum quibus scieris, poterisque, nisi ità creueris exhæres esto.* Ità institutus excludebatur, si intrà diem cretionis non creuisset, *Vlp. in fragm. tit. qui hęred. inst. poss. 22. §. Cretio, & sequ.* Nequè tamen ei adimebatur hæreditas data, sed data hæreditas intelligebatur, si creuisset; quę voluntas Testatoris intelligebatur ex illis verbis, *nisi ità creueris exhęres esto.* Cum enim vellet Testator hęredem non esse, si non creuisset, colligebatur voluisse hęredem cernere, vt hęres fieri posset, & sic conditionem institutioni apposuisse. Vndè si sub imperfecta cretione fuisset hæres institutus ità *Titius hæres esto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus scieris,*

pote-

poterisque, si non creu eris tunc Manius hæres esto. Etiam si non creuisset, sed prò hærede gessisset, hæres fiebat, duntaxat substitutum in partem admittebat *Vlp. d. tit. 22. §. si scrib imperfectam*. Ratio erat, quià non erant adiecta ea verba *si non creueris exhæres esto*. Vndè non poterat intelligi sub conditione institutum hæredem,
14 si cerneret: à verborum enim † proprietate non recedimus, nisi aliter de mente Testatoris appareat *l. non aliter ff. de leg. 3*. Ergò quamuis gereret se prò hærede, acquirebat hæreditatem, sed quià implebatur conditio, sub qua Mœuius erat institutus, & ipse Mœuius in partem admittebatur.

15 Sæpius autem † Testator, & in ipsa institutione conditionis verba exprimebat, & sub contraria conditione exhæredabat *l. si quis testamento 11. ff. de cond. instit. l. uxorem §. hæres ff. de leg. 3. l. Seius, & Augerius ff ad l. Falcidiam*, quo casu addita sub contraria conditione exhæredatio, interdum necessaria erat, putà filio in potestate existente, qui sub casuali conditione non potest institui *l. 4 ff. de hæred. inst.* vt benè obseruat Cuiacius *ad l. si quis testamento 11. ad Iulianum ff. de cond. instit.* Semper vtilis; Magis enim illis verbis, & illa exhæredatione demonstrabat Testator velle se, hæredem sub conditione institutum, & non aliter admitti velle, quam prius conditione impleta.

16 Ego † itàque, ea retenta sententia, non posse in eodem testamento hæreditatem datam adimi, ità respondendum else ad difficultatem propositam *ex d. l. 1. §. pen.*
17 *ff. de his quæ in test. del.* existimo; vt † pars quidem hæreditatis adimi possit, dũ alijs datur, vel dùm aliorum portio augetur *ex l. si inæqualibus 12. ff. de hæred. instit.* Ità enim consequenter aliorum portio minuitur, & sic quodammodò adimitur. Et quantum ad hanc partem spectat sequor ipsius Cuiacij interpretationẽ. Planè aduertendũ hanc non esse adẽptionem, nisi in cõsequentiam, sed hoc casu verè dici potius nõ datũ, quam adẽptũ: nã si testator hæredes ex disparibus partibus scripserit, deindè iubeat eos esse æquè hæredes, auget portiones eorum, qui ex minoribus partibus scripti erant; sed alijs non adimit, nisi in consequentiam, sed potius non data illa pars hæreditatis censetur. Nam cum Testator possit prò vt vult disponere, & non solùm duodecim vncias conficere, & in duodecim vncias hæreditatem suam distribuere, sed possit, si velit etiam in plures asses; donec perfectum testamentum non est, non potest dijudicari, quid singulis hæredibus sit datum, quià alijs, vel etiam ijsdem anteà scriptis nouas partes assignando, iam datæ decrescunt, & minuuntur. Id verò licet Testatori, & ex post facto, videlicet cum iam perfectum est testamẽtum apparet quid datum singulis fuerit. Non autem quid dici potest ademptum. Aliòqui Testator, qui vnum hæredem instituisset, non posset alium cohæredem illi dare, quià aliũ instituendo, qui ad eamdem hæreditatem concurrit, illi hæreditatis partem adimeret, qui totam esset habiturus, nisi alius prætereà fuisset institutus.

Tota difficultas est in eo, quod dicitur, non solum partem hæreditatis Iure adimi, verum etiam, & totam hæreditatem. Ego itàque respondeo, totam dici adimi posse à substituto, vt probatur ex illis verbis *si fortè sit substitutus*. At à substituto adimi posse existimo, ità vt illa regula locum habeat duntaxat in hæredibus institutis, non autem in substitutis. Ratio autẽ differentiæ ea est, quià institutio illa est, quæ dat robur testamẽto, ergò illa nõ potest vim dare testamẽto ad sui destructionẽ, vt suprà latius diximus. Hæc ratio cessat in substituto. Substitutio ad validitatem testamenti nihil operatur: superflua est, dum adsunt instituti. Qua ratione
18 † etiamsi à primo gradu sit filius exhæredatus, à secundo præteritus, licet secũdus gradus ab initio nullus sit, valet tamen testamẽtũ, & primo gradu institutis defertur hæreditas *l. si a primo ff. de lib. & posth.*
19 Quamuis † enim, & substitutus institutus dicatur *l. mulier §. fin. ff. de cond. inst.* tamen ad hunc effectum adimendæ hæreditatis prò non instituto habetur. Quãuis enim fieri possit, vt deficientibus institutis, testamentum per substitutos
20 substineatur, tamen † testamentum vires suas accipit ab institutione, & defectus hæredum potius testamentum infirmat;

mat; non est tamen ad testamentum validum constituendum, necessaria hæredis existentia §. *posteriore inst. tit. quib. modis test. infirm.* Itàque in substitutis receptum, ad effectum adimendæ hereditatis, potius non datam eis hæreditatem, quam ademptam videri. Et † eò
21 facilius hęc admissa interpretatio, quod regulæ istæ strictè sint intelligendę *argumento l. 1. §. veteres ff. de acq. possess.* tanquam quæ sint contrà latissimam facultatem à legibus duodecim tabularum concessam *l. verbis legis ff. de verb. signif.*

Sanè constituendam ego existimo differentiam inter substitutum, & institutum sub conditione in proposito hoc nostro: quamuis enim substitutus sit sub conditione institutus, *si primus hæres non erit*: tamen scriptus est in secundo gradu, nec vires accipit testamentum ex illa substitutione, vt dictum est. Secus est, si quis sit institutus sub conditione: nam, & ex conditionali institutione testamentum vires accipit *d. §. posteriore.* quià primùm, & institutis sub conditione pars hęreditatis, vel tota hæreditas data est. Vnde † licet Prætor etiam
22 institutis sub conditione det bonorum possessionem secundum tabulas *l. 3. §. si sub ea conditione ff. de bonor. poss. secund. tab.* tamen substitutis non dat bonorum possessionem, donec extant instituti, qui eam petere possunt *l. 2. § deferetur ff. de bon. poss. sec. tab.* Item †
23 potest suus heres sub conditione etiam casuali institui, si filius non sit *l. 4. in princ. ff. de hære. inst.* idem † tamen
24 non posset substitui, aliòquin instituto hęrede existente, ipse omninò excluderetur, ergò hoc casu testamentum inciperet à secundo gradu, *argum. l. ex facto §. Lucius ff. de vulg.*

Ad l. nutu 21. in Princ. ff. de leg. 3.
Caput XVIII.

SVMMARIVM.

Refertur expositio Cuiacij ad hanc legem. num. 1.
Is potest fideicommittere, qui testandi ius habet. n. 2. & 9.
Retinetur lectio d. textus, & defenditur verba Vlpiani fuisse, non Triboniani. n. 3. & seq.
Cur mutus olim non poterit testari. n. 4.
Muti Testamentum valebat factum ante superuenientem morbum. n. 5.
Testes à Testatore rogandi, aliòqui testamentum non valet. n. 6.
Testes in codicillis non sunt rogandi n. 7.
Codicilli solemnitates non desiderant. n. 8.
Declaratur quomodò intelligenda sit regula illa, eum posse fideicommittere, qui potest testari. n. 9.
Ille potest facere codicillos qui testari non posset facto non impeditus. n. 10.
Seruus rectè stipulatur Domino suo infanti. num. 11.
Mutus etiam tempore Vlpiani potuit facere Codicillos. n. 12.
Surdus à natura cur olim posset codicillos conficere. n. 13.

NVtu etiam (inquit Vlpianus) *relinquitur fideicommissum, dummodò is nutu relinquat, qui, & loqui potest, nisi superueniens morbus ei impedimento sit.* Iacobus † Cuiacius *ad l. qui in*
1 *potestate 6. §. surdus ff qui test. fac. poss* & Eruditiores omnes existimant non Vlpiani esse verba illa, *nisi superueniens morbus ei impedimento sit*; sed Triboniani respicientis ad Constitutionem Iustiniani *in l. discretis C qui test fa. poss.* qui quidem Iustinianus mutis, & surdis testamenta facere côcessit iuxtà formam eius constitutionis (antè quam fuit incognitum mutum posse condere Testamentum *d. l. 6. §. 1. l. mutus 7. ff. qui test. fac. poss.*) & consequenter posse etiam fidei-
2 commissa relinquere, cum † his possit fideicommittere, qui testandi ius habet *l. 2. ff. de leg. 1. l. 1. in princ. ff. de leg. 3.*

Ego

3 Ego † verò aduersus hanc receptissimam doctissimorum Virorum sententiam contendo verba illa fuisse Vlpiani, cuius tempore, licet mutus non posset testari, si tamen mutus ex accidenti fuisset effectus, certissimum puto potuisse illum fideicommissa relinquere.

Fundamentum præcipuum est, quià mutus tempore Vlpiani, non tam iure testari prohibebatur, quam facto impedie-
4 batur. Si † rationem quæramus cur olim mutus Testamenti factionem non habuerit, eam reddit Vlpianus *in fragm. tit. 20. de test. in §. mutus:* quoniam verba nuncupationis loqui non potuit; solebat enim Testator olim tabulas Testamenti tenens ità dicere: *hæc vti his tabulis, cerisue scripta sunt ità do, ità lego, ità testor; vos itàque, Quirites testimonium perhibetote* vt ibidem idem testatur Vlpianus: quę tamen ratio videri potest nó esse generalis: ea namq; nuncupatio necessaria erat ex ipso Vlpiano in Testamento, quod per Æs, & Libram fiebat. Itàque generalis ratio desumi potest à Paulo *recept. sent. lib. 3. tit. 4. de Testam. §. cęcus* qui dum reddit rationem, cur cęcus non prohibeatur testari, ostendit eum, qui testamentum condere vult, & loqui debere, & audire, loqui quidem, vt testes possit accire, & verbis rogare, audire autem requiritur testimonium sibi perhibentes; neutrum autem impedimentum, cum in cęco reperiatur ostendit Paulus nihil esse, quod eum prohibeat testari.

Mutus ergò testari non potuit olim, quòd verba solemnia quibus testes rogaret non posset proferre, & sic quià fa-
5 cto impediebatur, non iure. Nam † si fortè mutus antèquam mutus fieret Testamentum fecisset, illud ob superuenientem morbum non infirmabatur *d. l. 6. §. 1. ff. de Testam. §. item surdus instit. quibus non est permiss. fac. test.* quià verba amplius non desiderabantur, & mutus ille erat, qui, quantum ad Iuris capacitatem attinet, poterat testari, ideò mutus effectus ex Testamento, quod antea fecerat, habebat hæredes.

At verò eo facto, quo mutus impediebatur testari, non item impediebatur codicillos facere, & fideicommissum relinquere, ergò codicillos facere, fideicommissum relinquere poterat. Testari mutus non poterat, quòd Testes nó pos-
6 set solemnibus illis verbis rogare, qui † vtique à Testatore sunt rogandi, aliòqui Testamentum non valet *l. hæredes §. post ff. de Testam. l. hac consultissima in princ. C. de Testam.* hoc impedimentum cessabat in muto volente codicillos facere, &
7 fideicó missa in illis dare, quià † in his Testes non sunt rogandi *l. fin. §. fin. C. de Co-*
8 *dicill.* cum† nullam solemnitatem obseruationis desiderent *§. fin. inst. tit. de codicill.* ergò mutus poterat codicillos facere, & fideicommissa dare.

9 Quamuis † enim nobis ea regula sit có stituta, illum posse fideicómissa dare, qui potest testari *d. l. 2. ff. de leg. 1. l. 1. in princ. ff. de leg. 3.* mutus autem testari non possit, indè videatur dicendum, nec potuisse fideicommissa relinquere, tamen animaduertédum est, regulam declaratione indigere, & ità declarandam, vt potestas, & facultas testandi intelligatur quò ad Ius, non quò ad factum, vt ille quidem, qui si capacitatem Iuris inspiciamus, testari nó potest, nec possit fideicommissa dare, quod si quis sit, qui quantum ad ius pertinet, is est, qui posset testari, facto tamen impeditur: quià solemnitatem aliquam implere non potest, quæ Iure requiritur, si illud impedimentum cesset in codicillis conficiendis, in fideicommissis dandis, poterit fideicommissa dare, poterit codicillos conficere.

10 Regulam † ità declarandam intelligimus *ex l. conficiuntur §. 1. ff. de Iure Codicill.* vbi regula ponitur illum posse facere codicillos, qui Testamentum quoque facere potest. Sed quid, si Rure quis fortè degens non nisi quinque testes habere possit; is sine dubio non poterit facere Testamentum, cum ad Testamentum conficiendum requirantur septem *l. hac consultissima C. de Testam.* an ergo poterit facere codicillos? Respondet Paulus *in d. §. 1.* non illud exigendum, vt qui facit codicillos possit eo tempore Testamentum facere, sed vt iure Testamenti factionem habeat; idest non est inspiciendum, an possit ille, qui codi-

hæreditas personam, & vicem defuncti sustinet, & repręsentat *l. non minus ff. de hered. inst. l. hereditas ff. de acq. rer. dom. l. mortuo ff. de fideicom.* ità necesse est, & hęredem per hæreditatem vicem, & personam defuncti repręsentare, quæ quidem persona, cum vnica, & indiuisibilis sit, non potest prò parte repræsentari, prò parte non repręsentari; Vndè cum per hæreditatem ab hærede repræsentetur, & quatenus hæreditatem acquirit, consequens est, non posse partem acquirere, partem repudiare, & vacantem relinquere: nam prò ea parte vacante non repręsentaretur defunctus. Ergò quoties hęreditatem suam dat testator ex natura rei ità dat, vt diuidi illam nolit, & partē adgnosci, partem vacantem relinqui; sed eo animo est, vt non nisi tota acquiratur, cum hæreditas sit quid vnicū, sicut vnus Testator est. Quamuis igitur det Testator vni plures partes, non tamen ea mente dat, vt scindi per partes ipsius iudicium possit, & vt pars aliqua possit repudiari, alia retenta; Nam imò si repudiaretur, cum omninò iungi deberet suo toti: ex voluntate expressa Testatoris deberet ei portioni iungi quę ab instituto adgnita esset non alijs hęredibus accrescere, quià illam voluit Testator non alios habere, sed illum quem ex pluribus partibus instituit. Si ergò pars repudiata inuito accresceret ei, qui aliam partem adgnouisset, & quidem ex voluntate Testatoris; non possumus intelligere Testatorem plures partes vni dando velle instituto concedere, vt vnam possit adgnoscere, alteram repudiare, sed perindè esse, ac si vnicam portionem Testator reliquisset, quo casu sicuti certissimum est partem adgnosci, partem repudiari non posse *l. 1. ff. de acq. hered.* ità, & prò certo habendum est, non posse ex voluntate Testatoris, qui plures partes vni dedit, aliam ab hærede acquiri, aliam respui. Partium autem diuisio facta esse potuit, vel quià primùm Testator destinasset, minorem partem instituto dare, quam mutato consilio voluit augere, vel quià in vnum casum minus, in alium plus voluit hæredem habere. Certè diuidendo illud non efficit, nec voluisse, cum non potuerit, credendus est, vt in potestate hæredis esset eam adeundo diuidere, & partem abijcere, cum hęreditas quid vnicum sit, & quantum pertinet ad adgnitionem, & acquisitionem indiuisibile (hoc scilicet sensu, vt prò parte possit acquiri, prò parte non acquiri, & vacans esse) sed imò cum expressè voluerit, vnum ex institutis plures partes habere hæreditatis, quæ quantum ad aditionem spectat, est indiuisibilis, consequens est ex voluntate defuncti, quam lex confirmat, & exequitur in omnibus partibus hæredem existere, qui vnam adgnouit. Esse verò ex voluntate defuncti, ei acquiri partes cæteras, qui vnam adiuit, non autem procedere id ex legis prouisione, nè vacans aliqua pars relinquatur inducto iure accrescendi, proba-

17 tur euidenter ex eo, quià † si ius accrescendi à sola lege esset, portio vacans acquireretur omnibus hæredibus, cuique pro rata suę portionis *l. liber homo 59. §. cum quis l. si ità quis 66. ff. de hered. instit.* At acquiritur ei soli, cui datę plures partes sunt à Testatore, ergò ex voluntate eiusdem Testatoris acquisitio hęc est.

18 Confirmatur † *ex l. si quis heres 35. ff. de acqu. hered.* vbi si quis hęres sit institutus ex parte, idemque Titio substitutus, & antèquam ei ex substitutione deferatur hæreditas, adeat prò illa parte hæreditatem, prò qua fuit institutus, mox existat conditio substitutionis, etiam ex causa substitutionis hęres erit; ergò ex voluntate defuncti: aliòqui pars illa alijs etiam cohæredibus accresceret, non soli substituto inuito acquireretur, & ex iure accrescendi, nō ex substitutione ei acquiri diceretur: dicitur autem ei inuito accrescere ex causa substitutionis, ergò ex volūtate Testatoris, qui illum substituit.

19 Idem † probatur *ex l. si tu ex parte 76. ff. de acqu. hered.* vbi proponitur quis ex parte sexta institutus sub conditione, idemque Titio substitutus. Quo Titio repudiante, antèquam conditio iure sextantis extitisset ex substitutione adiuit, Indè extitit conditio suæ institutionis, quæritur an necessaria sit aditio. Respondetur non esse necessariam aditionem, sed vnicā sufficere, siuè quis prius

ex

ex substitutione, siuè prius ex institutione adierit. Ideò concluditur textatem ad eũ solum pertinere, cui datus est. Nec dicatur solum ibi fuisse cohęredem Titium, quo repudiante necesse fuit totam hęreditatem ad eum pertinere, qui ex sextante fuit institutus, cum solus ille adierit, & nullus alius hæres fit. Nam si ità esset, inepte diceretur in dicto textu, sextãtem ad eum solum pertinere, cui datus est, quæ verba aliorum exclusionem demonstrãt.

20 Pręterea † si solus Titius fuisset cohęres adeundo ex substitutione fuisset in totũ factus hæres, qui in sextante fuerat institutus sub conditione, quià statim apparuisset, siuè existente, siuè deficiente conditione in totum illum hæredẽ futurum *l. si quis ità scripserit ff. de hered. inst. l. cum heres §. fin. ff. de acqu. hered.* itaq; frustrà poneret Iuris Cons. *in d. l.* posteà conditionẽ institutionis extitisse, si enim solus fuisset, non oportuisset conditionis

21 euentum expectare, cum † quo ad partẽ, quæ omninò Iure accrescendi ad aliquẽ est peruentura, conditio non expectetur *l. liber homo 89. §. si ità scriptum ff. de hered. inst.* Dati ergò erãt, & alij cohęredes in casu *d. l. si ex parte*, & tamẽ qui hęres ex vna parte factus est, existit etiã ex alia sine aditione, quę eidem data est à Testatore, ergò ex voluntate testatoris existit.

Planè si priùs hæreditas ex institutione deferretur, posteà ex substitutione, vel è contrà, posset eam portionem, quę primum sibi deferretur repudiare, deindè alteram adire, quam adeundo rursus partem consequeretur eius partis, quam repudiasset: ratio autem est, quoniam portio repudiata legis potestate statim alijs portionibus iungitur, & accrescit, ergò etiam ei quam posteà ille adit; itàque adeundo non solam portionem, quam vel ex institutione, vel ex substitutione dedit Testator acquirit, sed partem illam etiam, quæ ei portioni

22 accreuit, & is est † sensus *l. si ex parte §. 1. de acq. hered.* & ità omninò textus est ille intelligendus, vt liceat portionem repudiare, aliam posteà adire, dummodò non ambæ portiones simul sint, & eodem tempore delatæ, sed eo tantum casu quo primùm vna sola portio sit delata, quæ potest dum sola delata est repudiari, nec tamen ea repudiatio impedit, quo minùs existente posteà alterius portionis conditione, altera possit adiri; cęterùm si ambæ portiones essent delatę eodem tempore, altera ex institutione, altera ex substitutione, non posset quis alteram repudiare, vt alteram posteà adgnosceret: pluribus enim partibus delatis id non licet, vt respondetur apertè *in l. 2. ff. de acq. hered.* nec quod diuerso Iure, idest altera ex institutione, altera ex substitutione essent delatæ, aliquid efficere posset, non magis, quàm si plures partes essent datę; alię purè, alię sub conditione, & tempore aditionis conditiones

23 essent impletæ, cum enim † haberentur perindè ac si ab initio purè datę essent *l. si pupillus ff. de condit. instit.* non possent nisi omnes adiri, vel repudiari prò vt di-

24 citur *in d. l. 2. ff. de acq. hered.* Sanè † si vna tantum portio deferatur ei, cui plures sunt datę; poterit ipse eam repudiare. Ratio est, quià interim ea sola delata est, & is cui defertur hęres est voluntarius; ergò potest illã abijcere, quę statim efficaciter repudiata alijs portionibus accrescit: quod si posteà alterius portionis existat conditio, nulla ratio est, cur ea non deferatur illi, cui data est, licet primam portionem repudiauerit; quià hęc alia portio est, & nulla etiam ratio, cur adiri ab ipso non possit: itàque aditione eam acquiret, non etiam eam, quam prius repudiauit, nisi prò ea parte, prò qua suæ portioni accreuit, quià statim atque fuit repudiata vacans effecta, cæteris portionibus per ius accrescendi iuncta est, vt diximus.

25 Porrò † multum interest pluribus delatis partibus eodem tempore vnam quis adeat, vel vnã omittat; Nam is, qui vnam adit, omnes acquirit *l. si ex asse 10. ff. de acqu. hered. l. si cui res 58. ff. de leg 2.* Qui verò vnam omittit nihil agit *l. si solus in princ. ff. de Acq. hered.* cuius rei rationem vt reddãt Doctores valdè laborant. Cum sicuti quę ratio facit, vt qui adit partem totum acquirat, quià scilicet qui vult antecedens, vult etiam necessarium consequens; necessarium autem est totum acquirere, qui partem vult, cum non nisi

totum acquiri possit, neque enim hæreditas prò parte acquiri, prò parte repudiari potest, vt dictum est *ex l.1. & 2. ff. de acq. hered.* Ità efficere eadem ratio debet, vt qui partem repudiat totum repudiare velit, cum non nisi tota hæredi-
26 tas possit repudiari. Ratio autem † differentiæ ea est; quià qui partem adit, vel partem omittit, de alia parte nihil sentit, neque eam omittit, neque adit. Itàque si agamus de eo qui partem omittit, verũ est eum de alia parte nihil velle, & ideò eum non omittere. Ergò cum is totum non omittat, non valet repudiatio, quæ non nisi totius fieri potest. At si agamus de eo, qui partem adit, verum quidem est, aliam partem non adire, nec omittere, qua ratione, sicuti nulla est partis omissio, ità videri posset nulla partis aditio; sed alia ratio efficit, vt aditio valeat; & hæres fiat in totum, qui prò parte adit, nempè quià fat est, vt partem velit ad hoc vt totum habeat, licet de alia parte nihil cogitet, nam ex eo quod partem vult, & partem acquirit, ei parti reliqua accrescit, non ex adeuntis voluntate, sed iuris potestate. In omittente hæc ratio non viget. Is enim qui partem omittit vtiquè non vult totum omittere, ergò neque totum ei auferendum est contrà ipsius voluntatem, nec parti repudiatæ accrescit pars reliqua. Ius enim accrescendi auget partem, non aufert, ergò potiùs nulla, & inutilis est repudiatio. Et in proposito benè, & Philosophicè loquitur Bartolus *in l. 1. n. 4. ff. de acqu. hæred.* Inquit illud, quod aliquid est positiuè augumentum recipere, sed non posse augumentum recipere quod nihil est. Adire hæreditatem pro parte est aliquid acquirere, & ponit aliquid in persona adeũtis, ideò illud quod positũ est trahit ad se aliam partem. Repudiatio autem nihil ponit in persona repudiantis, imò priuat, ideò non trahit ad se totum.

27 Ad † comprobandam rationem à nobis suprà allatam cur is, cui plures partes sunt datę, vnam non possit abijcere, videlicet quià ex voluntate Testatoris, & aliam inuitus acquirit, legis concurrente potestate. Videtur prima facie facere textus *in l. qui ex duabus 53. ff. de acq. hæred.* vbi ponitur quis ex duabus partibus institutus, ex vna purè, ex alia sub conditione, dicitur, si pendente conditione decesserit, & postea extiterit conditio aliam partem ad hęredes ipsius pertinere; ex hoc textu videtur colligi datum cohęredem: nam aliòqui si solus fuisset ille institutus, statim adita ea portione, quæ purè data esset, fieret hæres in totum, cum ab initio appareret in totum hęredem futurum *l. si quis ità ff. de hered. inst. l. cum hęres §. fin. ff. de acq. hęred.* cũ itàq; conditio expectetur argumentum est cohæredem datum; & tamen portio data sub conditione solis hæredibus eius, qui aliam portionem adiuit, acquiritur; ergò acquisitio non sola legis potestate contingit, sed ex testatoris voluntate, qui scilicet voluit partes illas diuidi non posse, sed ei soli acquiri, cui datę sunt. Verum non ità possumus legem illam interpretari. Obstat enim *l. liber homo §. si ità scriptum ff. de hęred. inst.* vbi duobus institutis primo, & secundo, & primo data parte purè, & altera parte sub conditione, si Primus adita parte sibi delata decedat pendente alterius partis conditione, non hæredibus ea pars acquiritur defuncti, qui partem illam adiuit, sed omnibus ęquè portionibus accrescit, & ea ibi redditur ratio, quià pars illa non poterit ei data videri, qui tempore dandi (idest tempore existentis conditionis) in rerum natura non fuit, ergò idem dicendum esset in casu *d. l. qui ex duabus* si ei, qui ex duabus partibus fuerat institutus datus fuisset cohęres. Itàque benè eum textum, videlicet *d. l. qui ex duabus* interpretatur Castrensis, qui monet ponendum solum fuisse institutum purè illũ, qui ex duabus partibus fuit institutus, ità tamen, vt in parte, quę ei data est sub conditione habuerit sub contraria conditione cohæredem. Putà testator ità dixit; *primus hęres esto ex semisse, idem primus ex alio semisse hæres esto, si nauis ex Asia venerit, si non venerit secundus hæres esto*; Adiuit iste primus ex semisse, in quo purè fuit institutus, & pendente adhuc conditione decessit, deindè Nauis ex Asia venit, & sic defecit conditio, sub qua secundus fuit vocatus, ergò solus reperitur hæres

hæres ille primus, ad cuius portionẽ necesse est accedere, & alium semissem, & sic alium semissem ad heredes primi trãsire, qui primum semissem habent. Ad illos ergò venit alius semis, non tàm quod valuerit, & effectum sortita fuerit institutio conditionalis in persona primi, quàm quià defecit conditio, sub qua fuit secundus institutus, & inducta est necessitas Iuris accrescendi. Plane primus adeundo semissem sibi purè datum, non potuit totam acquirere hæreditatẽ, quià in alio semisse habuit coheredem, licet sub conditione; itàque tempore conditionis non fuit certum totam heredi-tatem ad primum peruẽturam, cum posset existere conditio, sub qua secundus fuit institutus, eaque existẽte eidem alius semis acquiri. Itàque hoc textu circumscripto, satis tamen probatum fuit datis pluribus partibus vni à testatore, non concedi facultatem heredi alias adire, alias repudiare, sed perindè esse ex eiusdem Testatoris voluntate ac si vnica pars data esset; quo casu, sicut non potest heres eam partem scindere; ità, nec potest qui ex pluribus partibus est institutus alias adgnoscere, alias repudiare.

28 Hoc † sic posito iam constat, cur, etiamsi substitutum in aliqua parte institutus acceperit, non possit tamen hanc partem repudiare alia agnita. Nempè quià substitutus in defectum instituti vocatur, cuius instituti prima causa est, ità vt ex voluntate Testatoris prius institutus sit admittendus, eo excluso, substitutus. At verò si institutus partem acceperit hereditatis, ex voluntate Testatoris inuitus aliam partem acquirit, ergò non potest locus esse substituto, nec ex voto Testatoris. Substituti enim sunt adinuenti, vt quis hæredes habeat, & testatus decedat, institutis fortè repudiantibus, vt intelligitur *ex instit. tit. de vulg. substitutione in princ.* Si ergò possit Testator hæredem habere institutum, non vult vnquam substitutum admitti. At potest habere in casu prędicto, ergò substitutus excluditur.

29 Nequè † enim substitutio, quę additur, vt magis Testator heredes habeat ex testamento, efficere debet, vt minus habeat, & vt portio, quæ aliòquin inuito acquireretur instituto, ad substitutum transeat, qui eam posset repudiare, & sic contrarium effectum operari *argumento l. legata inutiliter ff. de adim. leg. l. legata 19. ff. de leg. 1. l. cum tale §. fin. ff. de cond. & dem. l. Titia. §. fin. ff. de manum. test.*

30 Neque † obstant allata in contrarium. Nam ad primum respondeo, rationem, cur hæres non possit partem hereditatis acquirere, partem repudiare, non esse eam solam, quià defunctus non potest prò parte decedere testatus, prò parte intestatus, sed eam etiam iungendam esse, quià Testator non vult iudicium suum diuidi. Velle enim creditur, & vult expressè, non iure accrescendi coheredibus portionem vni datam ex pluribus accrescere, sed illi eidem acquiri, cui dedit, quæ eadem voluntas manet etiam dato substituto, vt demonstrauimus. Nec diuisio partium facultatem instituto tribuit hæreditatem scindendi, vt dictũ est.

31 Ad secundum † respondeo ex eo, quod Testator dat substitutum non videri permittere instituto, vt repudiare possit hereditatem, vt probatur *ex l. Iulianus ff. si quis omiss. cau. test.* Si enim patrem quis instituerit, eique filiam substituerit, non licet patri repudiare ex institutione, & ex substitutione filia ipsius iussu adeunte, hæreditatem habere, sed imò si repudiet incidit in illud Edictum; ratio autem redditur ibi, *quià filia patri substituitur in casu, non vt arbitrium eligendi relinquatur.*

Nequè obstat, quod alioquin inutilis esset substitutio, nam imò vtilis esset, siuè institutus hæres esse non posset, siuè omnes partes repudiaret.

32 Minus † etiam obstat *l. 1. §. si proponatur ff. si quis omissa causa testamenti*, ibi enim cum idem sit institutus, & sibi ipsi substitutus, non potest aliter vtilis esse ea dispositio, nisi data licentia eidem ex institutione repudiandi, & ex substitutione adeundi. At in casu nostro potest etiam hac licentia non data vtilis esse substitutio, vt dictum est.

33 Tandem † non obstat, ea verba *si heres non erit.* & substitutionẽ ipsam vulgarem duos casus continere, videlicet si primus, vel hæres esse non potuerit, vel nolue-

lue-

luerit, vt videatur Testator qui substituit dare instituto licentiam repudiandi, frustrà enim substitueret, si institutus nollet, si nolle nō posset. Nam, omissa Fabri responsione *err.6.dec.32.* qui considerat verba illa *si hæres nō erit* adiecta esse substitutioni, non institutioni, ideò nō posse videri instituto facultatem nolendi tribuere. Respondeo ego verba illa *si hæres non erit* in substitutione vulgari regulariter duos illos casus continere. Verùm non ex voluntate Testatoris, sed ex rei necessitate; Videlicet quià extraneum institutum, hæredem non esse, non potest fieri nisi, vel quià ille non possit, vel quià nolit, ergò si quo casu hæres institutus non possit repudiare, ex illis verbis, ex vulgari substitutione, non poterit intelligi data facultas repudiandi; quià hoc casu in illis verbis *si hæres non erit*, non continebitur casus noluntatis, nec re ipsa, nec ex mente Testatoris, quià nunquam ex mēte Testatoris casus ille subintelligitur, qui substitutum dando, nihil aliud intendit, nisi, vt ille admittatur, ità demum, si institutus hęres ipse non existat; Vult tamen, quantum potest, illum existere, ergò non debet intelligi Testator ei dare facultatem repudiandi, si quo casu aliòqui non haberet. Et verò regulariter in substitutione vulgari ex mente Testatoris casus illos duos non subintelligi, vt videatur Testator velle institutum hęredem esse, si voluerit, probatur: quoniam imò, si id sentiret, & exprimeret, inutiliter ageret exprimendo id, quod tacitè inest, & ex rei natura *l. 3. ff. de leg. 1. l. verba hęc ff. de cond. instit.*

Ad tertium respondeo non esse eamdem legati, & hęreditatis rationem. Potest pars rei legari, quià plures vnius rei Dominos esse non repugnat, itàque etiā parte legata, integrum legatum erit, & pluribus legatis constitutis; cum nihil commune alterum cum altero habeat, licebit vnum adgnoscere, alterum repudiare. Repudiatum apud hæredem manebit. At hęreditas est quid vnicum, non potest vacans esse in aliqua parte, quià non potest pro parte defunctus repręsentari. Necesse omninò est, vt hęredibus institutis tota acquiratur; ergò si fieri potest illis, quibus data est, licet per partes plures. His rationibus non censetur Testator, plures partes vni dando, concedere ei facultatem alias adeundi, alias repudiandi, vt dictum suprà est, sed potiùs velle, vt omnes illas partes habeat, qui vnam accipit. Itàque ex voluntate testatoris non licet, imò prohibitum censetur partes illas scindere, alias adeundo, alias repudiando.

An hæreditas in eodem testamento, in quo data est, adimi possit ad l. primam §. penul ff. de his quæ in test. del. Cap. XVII.

SVMMARIVM.

HÆreditas in eodem testamento adimi non potest. n. 1.
Redditur ratio. n. 2.
Hęredis institutio est forma testamenti. n. 3.
Forma dat esse rei. n. 4.
Hęreditas testamento, non codicillis, non pænitentia adimitur. n. 5.
Codicillis cur adimi non possit hęreditas. n. 6.
Refertur expositio Glossæ, Bartoli, & Doctorum communiter ad l. 1. §. penult. ff. de his quæ in test. del. n. 7.
Reprobatur. n. 8.
Refertur expositio Iacobi Cuiacij. n. 9.
Explicatur l. paterfam. 44. ff. de hæred. instit. n. 10. Et rursus. n. 12.
Reprobatur expositio Cuiacij. n. 11.
Conditio sit, an non, ex mente Testatoris inspiciendum, non ex verborum formula. n. 13.
A proprietate verborum non recedendum. n. 14.
Ad quid olim sępè Testatores sub conditione instituerent, sub contraria conditione exhæredarent. n. 15.
Explicatur ab Authore textus in d. l. 1. §. pen. ff. de his quę in test. del. n. 16. & seq.
Qua ratione pars hęreditatis adimi possit in eodem testamento. n. 17.
Testamentum valet, licet secundus gradus ab initio sit nullus. n. 18.
Substitutus rectè dicitur institutus. n. 19.
Institutio hæredis, non existentia, ad validum constituendum testamentum est necessaria. n. 20.

Regu-

Regula Iurisprudentum strictè accipiẽda. n. 21.
Prætor dat bonorum possessionem institutis sub conditione, non tamen substitutis, donec instituti hæredes existere possunt. n. 22.
Suus hæres excepto filio potest sub casuali conditione institui. n. 23.
Non tamen potest substitui. n. 24.

1 Regula† dicitur esse Iuris Ciuilis, hęreditatem in eodem testamento adimi non posse *l. si ità scriptum §. regula ff. de lib. & posth.* Et soli militi permissum est, in eodem testamento eũ, quem semel hæredem scripsit exhæredem facere, cum alioquin in Paganorum testamento sola hæreditas exhæredatione adimi non possit *l. si certarum §. si eo-*
2 *dem ff. de milit. test.* Ratio † cur Prudentes hanc regulam induxerint, euidens
3 est meo iudicio, quoniam † cum hæredis institutio, & hæreditatis datio sit forma testamenti *§ ante hæredis inst. tit. de leg. l. 1. ff. de hered. inst.* & de esse testa-
4 mento, quod † proprium est formæ, qua sublata res perit *l. Iulianus §. si quis rem ff. ad exhibendum*. Absurdum vtiquè existimatum est, vt in testamento, quod ex hæredis institutione vires accipit, hæreditas adimatur; ità enim institutio robur daret testamento ad sui destructionem: cum enim non quomodòcumque hære-
5 ditas adimi possit, sed † certis modis, & prçcipuè in testamento *§. posteriore instit. tit. quibus modis test. infirm.* non etiam codicillis *§. penult. inst. tit. de codicill.* non nuda voluntate, & pœnitentia *§. pen. instit. tit. quibus modis testam. infirm.* Absurdum visum est, vt testamentum, quod ex hæredis institutione, & propter hæredis institutionem consistit, valeat ad sui ipsius destructionem, & ad tollendam propriam formam, quod vtiquè naturę
6 rerum omnium repugnat. Sic † videmus non posse codicillis adimi hęreditatem *d. §. penult. instit. tit. de cod. l. penult. ff. de cond. inst.* Ratio deducitur *ex l. quod per manus ff. de iure codicill.* Nempè quià absurdum est, vt ex codicillis, qui robur accipiunt ex testamento, testamentum ipsum infirmetur, ergò magis est absurdum, vt testamentum idem, quod robur accipit ex hæredis institutione, eamdem hæredis institutionem destruat, & infirmet.

Aduersus hanc regulam obstare quam maximè videtur *l. 1. § pen. ff. de his quę in test. del.* Vbi dicitur, & portionem hęreditatis, & totam hęreditatem in eodem testamento iure adimi, non quasi adempta sit, quoniam hęreditas semel data adimi facilè non potest, sed quasi nec data. Ex quo textu euidenter probari videtur non solùm partem hęreditatis adimi posse in eodem testamento, verùm, & totam etiam hęreditatem.

7 Glossa † Bart. & communiter Doctores textum ità interpretantur, vt ipse idem scriptus hęres, vel ex parte, vel in totum deleuerit, & cancellauerit suam institutionem, inquiunt enim hunc in pœnam sui facti hęreditate à lege priua-
8 ri. Sed † hæc expositio omninò est diuinatiua, verbis legis non conuenit, quæ de ademptione sunt, non de inductione, & cancellatione, & nullũ verbũ in eo textu de hærede, qui ipse testamentum deleat.

9 Iacobus † Cuiacius *ad l. si ità scriptum §. reg. ff. de lib. & psth.* fatetur in eodem testamento posse hæreditatem adimi, & partem, & totam; idem tradit *ad d. l. 1.*
10 *§. pen. ff. de his quæ in test. del.* Idque † prçcipuè probat *ex l. pater fam. 44. ff de hęred. instit.* Vbi quis hæredes instituerat, & iusserat monumentum facere, indè in eodem testamento subiecerat, siqui monumentum non fecerit, omnes exhęredes esse. Supponitur in eo textu valere ademptionem hęreditatis, duntaxat ità verba illa accipiuntur, vt quicumque non fecerit exhęres sit, quod absurdũ videatur ex alieno facto, vel culpa, quem alligari hæreditati, vel ab illa excludi. Itàq; quòd de omnibus Testator coniunctim dixit, quià voluit omnes, qui non facerent, exhęredes esse de vnoquoque separatim accipitur, ità vt pluralitas (vt loquuntur Doctores) in suas singularitates resoluatur, pro vt contingit *in l. hoc articulo 29. ff. de hęred. instit. & alibi sæpè*. Ergò quod ad rem nostram attinet colligitur ex eo textu hæreditatem eodem in testamento rectè adimi; & ità sentit Cuiacius. Sed quoniam obstant *d. l. si ità scriptum §. reg. ff. de lib. & post. & l. si*

si certarum §. *si eodem ff. de milit. testam.* existimat ipse textum *in d.* §. *regula* corruptum esse, & legendum *libertatem*, non *hæreditatem*, vt sensus sit non posse, data seruo hæreditate, & simul libertate, eidem libertatem adimi. Textum verò *in d. l. si certarum* §. *si eodem ff. de milit. test.* ità explicat, vt miles possit adimere in eodem testamento hęreditatem cæteris saluis, quæ in testamento sunt disposita. At verò non idem permissum esse Pagano, qui ità hæreditatem adimere non potest, vt cætera in testamento scripta valeant; sed si hęreditatẽ adimat, omnia corruere necesse est. Et hunc putat sensum eorum verborum, quæ in eo textu leguntur, *eum in Paganorum testamento sola hęreditas exhæredatione adimi non possit.* Quæ verba ex mente Cuiacij ità sunt accipienda, vt Paganis hęreditatem quidem in eodem testamento datam adimere liceat; sed tamen non possit sola, sed ità vt totum testamentum corruat.

11 Verùm † quòminus sententiam Doctissimi Viri recipiam facit authoritas *d. l. si ità scriptum* §. *regula ff. de lib. & posth.* cuius textus emendatio nobis non est permissa: Facit etiam ratio à nobis supra allata; absurdum namquè esset, vt data in eodem testamento hęreditas adimi posset; Facit etiam *d. l. si certarum* §. *si eodẽ ff. de milit. test.* Supponit enim Cuiacius agi ibi de tota hæreditate adempta ab institutis. At id verba legis non demonstrant. De vno enim hęrede loquũtur exhęrede facto: possunt autem plures esse hęredes, quo casu, si Paganus vni adimeret hæreditatem, nulla ratio esset, cur testamentum, quod ad cętera corrueret, cum adhuc ex aliorum cohæredum institutione posset sustineri. Nec quid faciunt verba dicti contextus ibi *cum in Paganorum testamentis sola hæreditas exhæredatione adimi non posset.* Ea enim verba significant solam hæreditatem in eodem testamento non posse adimi à Paganis, cum cętera possint *l. si ità sis adscriptum* 14. *ff. de leg.* 1.

12 Neque † obstat *l. pater fam.* 44. *ff. de hęred. inst.* ex quo textu videtur apertè probari, hæreditatem datam in eodem testamento adimi. Nam respondeo ibi datam non fuisse hęreditatem, aut saltem datam non adimi. Data enim fuit sub cõditione, & sub contraria cõditione adempta, quæ vera ademptio non est, cum deficiente conditione non possit hæres hęreditatẽ consequi; adempta ergò est hæreditas in eum casum, quo data non est. Quamuis enim videatur in eo textu hæreditas purè data, quod non per modum conditionis hęredes iussi sunt monumentum fa-

13 cere, tamen † cum non ex formula verborum pendeat, an conditio sit, nec nè, sed ex mente, & voluntate Testatoris *l.* 2. *ff. de his quæ pęnę nomine l. in conditionibus* §. 1. *ff. de cond., & dem. l. Męnia ff. de man. test.* intelligitur *ex l. in ratione* §. *tametsi ff. ad l. falcid.* iuncta *l. facta* §. *rescripto ff. ad Trebell. pulcherrimus textus in l. si ità fuerit* §. *fin. ff. de man. test.* Voluisse Testatorem non aliter institutos hæredes esse, quam si monumentum fecissent, intelligitur ex sequentibus verbis, *si non fecerint exhæredes sunto.* Si enim vult hæredes eos non esse, si non fecerint, necessariò vult hęredes esse eos si fecerint, ergò licet figuram conditionis verba institutionis non contineant, ex mente Testatoris, quę ex sequentibus verbis declaratur, vim conditionis habent. Idem contingebat olim in hæredibus institutis cum cretione, qui licet purè verbis attentis instituti viderentur, vi tamen ipsa sub conditione erant instituti, si intrà diem cretionis cernerent, Verba cretionis ea erant. *Titius hæres esto, cernitoque in diebus proximis centum quibus scieris, poterisque, nisi ità creueris exhæres esto.* Ità institutus excludebatur, si intrà diem cretionis non creuisset, *Vlp. in fragm. tit. qui hęred. inst. poss.* 22. §. *Cretio, & sequ.* Nequè tamen ei adimebatur hæreditas data, sed data hæreditas intelligebatur, si creuisset; quę voluntas Testatoris intelligebatur ex illis verbis, *nisi ità creueris exhęres esto.* Cum enim vellet Testator hęredem non esse, si non creuisset, colligebatur voluisse hęredem cernere, vt hęres fieri posset, & sic conditionem institutioni apposuisse. Vndè si sub imperfecta cretione fuisset hæres institutus ità *Titius hæres esto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus scieris,* pote-

poterisq; si non creu eris tunc Mauius hares esto. Etiam si non creuisset, sed prò hęrede gessisset, hęres fiebat, duntaxat substitutum in partem admittebat *Vlp. d. tit. 22. §. si sub imperfectam*. Ratio erat, quià non erant adiecta ea verba *si non creueris exhęres esto*. Vndè non poterat intelligi sub conditione institutum hæredem,
14 si cerneret: à verborum enim † proprietate non recedimus, nisi aliter de mente Testatoris appareat *l. non aliter ff. de leg. 3*. Ergò quamuis gereret se prò hærede, acquirebat hæreditatem, sed quià implebatur conditio, sub qua Męuius erat institutus, & ipse Męuius in partem admittebatur.
15 Sępius autem † Testator, & in ipsa institutione conditionis verba exprimebat, & sub contraria conditione exhęredabat *l. si quis testamento 11. ff. de cond. instit. l. vxorem §. hęres ff. de leg. 3. l. Seius, & Augerius ff. ad l. Falcidiam*, quo casu addita sub contraria conditione exhæredatio, interdum necessaria erat, putà filio in potestate existente, qui sub casuali conditione non potest institui *l. 4 ff. de hared. inst.* vt benè obseruat Cuiacius *ad l. si quis testamento 11. ad Iulianum ff. de cond. instit.* Semper vtilis; Magis enim illis verbis, & illa exhæredatione demonstrabat Testator velle se, hæredem sub conditione institutum, & non aliter admitti velle, quam prius conditione impleta.
16 Ego † itàque, ea retenta sententia, non posse in eodem testamento hæreditatem datam adimi, ità respondendum else ad difficultatem propositam *ex d. l. 1. §. pen.*
17 *ff. de his quę in test. del.* existimo; vt † pars quidem hæreditatis adimi possit, dū alijs datur, vel dùm aliorum portio augetur *ex l. si inaqualibus 12. ff. de hered. instit.* Ità enim consequenter aliorum portio minuitur, & sic quodammodò adimitur. Et quantum ad hanc partem spectat sequor ipsius Cuiacij interpretationē. Planè aduertendū hanc non esse adēptionem, nisi in cōsequentiam, sed hoc casu verè dici potius nō datū, quam adēptū: nā si testator hæredes ex disparibus partibus scripserit, deindè iubeat eos esse ęquè hæredes, auget portiones eorum, qui ex minoribus partibus scripti erant; sed alijs non adimit, nisi in consequentiam, sed potius non data illa pars hęreditatis censetur. Nam cum Testator possit prò vt vult disponere, & non solùm duodecim vncias conficere, & in duodecim vncias hęreditatem suam distribuere, sed possit, si velit etiam in plures asses: donec perfectum testamentum non est, non potest dijudicari, quid singulis hęredibus sit datum, quià alijs, vel etiam ijsdem anteà scriptis nouas partes assignando, iam datę decrescunt, & minuuntur. Id verò licet Testatori, & ex post facto, videlicet cum iam perfectum est testamētum apparet quid datum singulis fuerit. Non autem quid dici potest ademptum. Aliòqui Testator, qui vnum hæredem instituisset, non posset alium cohæredem illi dare, quià aliū instituendo, qui ad eamdem hęreditatem concurrit, illi hęreditatis partem adimeret, qui totam esset habiturus, nisi alius præterea fuisset institutus.

Tota difficultas est in eo, quod dicitur, non solum partem hæreditatis Iure adimi, verum etiam, & totam hęreditatem. Ego itàque respondeo, totam dici adimi posse à substituto, vt probatur ex illis verbis *si fortè sit substitutus*. At à substituto adimi posse existimo, ità vt illa regula locum habeat duntaxat in hæredibus institutis, non autem in substitutis. Ratio autē differentiæ ea est, quià institutio illa est, quę dat robur testam ēto, ergò illa nō potest vim dare testamēto ad sui destructionē, vt suprà latius diximus. Hęc ratio cessat in substituto. Substitutio ad validitatem testamenti nihil operatur: superflua est, dum adsunt instituti. Qua ratione
18 † etiamsi à primo gradu sit filius exhęredatus, à secundo pręteritus, licet secūdus gradus ab initio nullus sit, valet tamen testamētū, & primo gradu institutis defertur hęreditas *l. si a primo ff. de lib. & posth.*
19 Quamuis † enim, & substitutus institutus dicatur *l. mulier §. fin. ff. de cond. inst.* tamen ad hunc effectum adimendę hæreditatis pro non instituto habetur. Quāuis enim fieri possit, vt deficientibus institutis, testamentum per substitutos
20 substineatur, tamen † testamentum vires suas accipit ab institutione, & defectus hæredum potius testamentum infirmat;

mat; non est tamen ad testamentum validum constituendum, necessaria hæredis existentia *§. posteriore inst. tit. quib. modis test. infirm.* Itàque in substitutis receptum, ad effectum adimendæ hereditatis, potius non datam eis hæreditatem, quam ademptam videri: Et † eò
21 facilius hęc admissa interpretatio, quod regulæ istæ strictè sint intelligendę *argumento l. 1. §. veteres ff. de acq. possess.* tanquam quæ sint contrà latissimam facultatem à legibus duodecim tabularum concessam *l. verbis legis ff. de verb. signif.*

Sanè constituendam ego existimo differentiam inter substitutum, & institutum sub conditione in proposito hoc nostro: quamuis enim substitutus sit sub conditione institutus, *si primus hæres non erit*: tamen scriptus est in secundo gradu, nec vires accipit testamentum ex illa substitutione, vt dictum est. Secus est, si quis sit institutus sub conditione: nam, & ex conditionali institutione testamentum vires accipit *d. §. posteriore* quià primùm, & institutis sub conditione pars hereditatis, vel tota hæreditas data est. Vnde † licet Prætor etiam
22 institutis sub conditione det bonorum possessionem secundum tabulas *l. 3. §. si sub ea conditione ff. de bonor. poss. secund tab.* tamen substitutis non dat bonorum possessionem, donec extant instituti, qui eam petere possunt *l. 2. § deser-*
23 *tur ff. de bon. poss. sec. tab.* Item † potest suus heres sub conditione etiam casuali institui, si filius non sit *l. 4. in princ. ff.*
24 *de hære. inst.* idem † tamen non posset substitui, aliòquin instituto herede existente, ipse omninò excluderetur, ergò hoc casu testamentum inciperet à secundo gradu, *argum. l. ex facto §. Lucius ff. de vulg.*

Ad l. nutu 21. in Princ. ff. de leg. 3.
Caput XVIII.

SVMMARIVM.

Refertur expositio Cuiacij ad hanc legem. num. 1.
Is potest fideicommittere, qui testandi ius habet. n. 2. & 9.
Retinetur lectio d. textus, & defenditur verba Vlpiani fuisse, non Triboniani n. 3. & seq.
Cur mutus olim non potuerit testari n. 4.
Muti Testamentum valebat factum ante superuenientem morbum. n 5.
Testes à Testatore rogandi, aliòqui testamentum non valet. n 6.
Testes in codicillis non sunt rogandi n. 7.
Codicilli sollemnitates non desiderant. n 8.
Declaratur quomodò intelligenda sit regula illa, eum posse fideicommittere, qui potest testare. n. 9.
Ille potest facere codicillos qui testari non posset facto non impeditus. n 10.
Seruus rectè stipulatur Domino suo infanti. num. 11.
Mutus etiam tempore Vlpiani potuit facere Codicillos. n. 12.
Surdus à natura cur olim posset codicillos conficere. n. 13.

N*Vtu etiam* (inquit Vlpianus) *relinquitur fideicommissum, dummodò is nutu relinquat, qui, & loqui potest, nisi superueniens morbus ei impedimento sit*. Iacobus † Cuiacius *ad l. qui in*
1 *potestate 6. §. surdus ff qui test. fac. poss* & Eruditiores omnes existimant non Vlpiani esse verba illa, *nisi superueniens morbus ei impedimento sit*; sed Triboniani respicientis ad Constitutionem Iustiniani *in l. discretis C qui test fa. poss.* qui quidem Iustinianus mutis, & surdis testamenta facere cōcessit iuxtà formam eius constitutionis (antè quam fuit incognitum mutum posse condere Testamentum *d. l. 6. §. 1. l. mutus 7. ff. qui test. fac. poss.*) & consequenter posse etiam fidei-
2 commissa relinquere, cum † his possit fideicommittere, qui testandi ius habet *l. 2. ff. de leg. 1. l. 1. in princ. ff. de leg. 3.*

Ego

3 Ego † verò aduersus hanc receptissimam doctissimorum Virorum sententiam contendo verba illa fuisse Vlpiani, cuius tempore, licet mutus non posset testari, si tamen mutus ex accidenti fuisset effectus, certissimum puto potuisse illum fideicommissa relinquere.

Fundamentum pręcipuum est, quià mutus tempore Vlpiani, non tam iure testari prohibebatur, quam facto impedie-
4 batur. Si † rationem quæramus cur olim mutus Testamenti factionem non habuerit, eam reddit Vlpianus *in fragm. tit. 20. de test. in §. mutus:* quoniam verba nuncupationis loqui non potuit; solebat enim Testator olim tabulas Testamenti tenens ità dicere: *hęc vti his tabulis, cerisue scripta sunt ità do, ità lego, ità testor; vos itàque, Quirites testimonium perhibetote* vt ibidem idem testatur Vlpianus: quę tamen ratio videri poteest nó esse generalis: ea namq; nuncupatio necessaria erat ex ipso Vlpiano in Testamento, quod per Æs, & Libram fiebat. Itàque generalis ratio desumi poteest à Paulo *recept. sent. lib. 3. tit. 4. de Testam. §. cęcus* qui dum reddit rationem, cur cęcus non prohibeatur testari, ostendit eum, qui testamentum condere vult, & loqui debere, & audire, loqui quidem, vt testes possit accire, & verbis rogare, audire autem requiritur testimonium sibi perhibentes; neutrum autem impedimentum, cum in cęco reperiatur ostendit Paulus nihil esse, quod eum prohibeat testari.

Mutus ergò testari non potuit olim, quòd verba solemnia quibus testes rogaret non posset proferre, & sic quià ta-
5 cto impediebatur, non iure; Nam † si fortè mutus antèquam mutus fieret Testamentum fecisset, illud ob superuenientem morbum non infirmabatur *d. l. 6. §. 1. ff. de Testam. §. item surdus instit. quibus non est permiss. fac. test.* quià verba amplius non desiderabantur, & mutus ille erat, qui, quantum ad Iuris capacitatem attinet, poterat testari, ideò mutus effectus ex Testamento, quod antea fecerat, habebat hæredes.

At verò eo facto, quo mutus impediebatur testari, non item impediebatur codicillos facere, & fideicommissum relinquere, ergò codicillos facere, fideicommissum relinquere poterat. Testari mutus non poterat, quòd Testes nó posset solemnibus illis verbis rogare, qui †
6 vtiquè à Testatore sunt rogandi, aliòqui Testamentum non valet *l. hæredes §. peto ff. de Testam. l. hac consultissima in princ. C. de Testam.* hoc impedimentum cessabat in muto volente codicillos facere, &
7 fideicó missa in illis dare, quià † in his Testes non sunt rogandi *l. fin. §. fin. C. de Co-*
8 *dicill.* cum † nullam solemnitatem obseruationis desiderent *§. fin. inst. tit. de codicill.* ergò mutus poterat codicillos facere, & fideicommissa dare.

9 Quamuis † enim nobis ea regula sit cóstituta, illum posse fideicómissa dare, qui potest testari *d. l. 2. ff. de leg. 1. l. 1. in princ. ff. de leg. 3.* mutus autem testari non possit, inde videatur dicendum, nec potuisse fideicommissa relinquere, tamen animaduertẽdum est, regulam declaratione indigere, & ità declarandam, vt potestas, & facultas testandi intelligatur quò ad Ius, non quò ad factum, vt ille quidem, qui si capacitatem Iuris inspiciamus, testari nó potest, nec possit fideicommissa dare, quod si quis sit, qui quantum ad ius pertinet, is est, qui posset testari, facto tamen impeditur: quià solemnitatem aliquam implere non potest, quæ Iure requiritur, si illud impedimentum cesset in codicillis conficiendis, in fideicommissis dandis, poterit fideicommissa dare, poterit codicillos conficere.

10 Regulam † ità declarandam intelligimus *ex l. conficiuntur §. 1. ff. de iure Codicill.* vbi regula ponitur illum posse facere codicillos, qui Testamentum quoque facere potest. Sed quid, si Rure quis fortè degens non nisi quinque testes habere possit; is sine dubio non poterit facere Testamentum, cum ad Testamentum conficiendum requirantur septem *l. hac consultissima C. de Testam.* an ergo poterit facere codicillos? Respondet Paulus *in d. §. 1.* non illud exigendum, vt qui facit codicillos possit eo tempore Testamentum facere, sed vt iure Testamenti factionem habeat; idest non est inspiciendum, an possit ille, qui codicillos

cillos facit eo tempore ea de facto implere, quę ad testamentum conficiendum sunt necessaria: sed illud est attendendum, an Iuris habeat capacitatem. In proposito is, qui septem testes habere non potest, testari non potest facto impeditus, non iure, illud facti impedimentum cessat in codicillis, quod non nisi quinque in codicillis requirantur, ergò valebunt codicilli. Eàdem ratione mutus facto impeditur, quominus possit testari: quià scilicet loqui non potest, & testes rogare, & Iuris solemnitatem implere. Vndè dici potest iure testari prohiberi, sed non ob defectum Iuris sed ob defectum facti; sicuti, & iure testari quis prohibetur, si septem testes non habeat: facto ergò impeditur, hoc impedimentum cessat in codicillis conficiendis, in fideicommissis dandis, in quibus verborum, vel alia solemnitas non requiritur, ergò rectè poterit mutus dare fideicommissa, & codicillos facere. Confirmo: nam certum est seruum capacitatem à Domino suo accipere *l. non minus ff. de hęred. inst. l. si mihi §. regula ff. de leg. 1.* aliòqui prò nullo, prò mortuo habetur *l. quod attinet l. seruitutem ff. de reg. Iur.* Pone: quidam Dominus infans est, & ideò cum loqui non possit, nec poterit stipulari *l. 1. in princ. ff. de verb. oblig. §. pupillus inst. de inut. stipul.*

11 An † poterit seruus Domino suo infanti stipulando acquirere? Vtique *d. l. 1. in princ. ff. de verb. oblig.* Quamuis enim infans stipulari non possit, tamen impedimentum est facti, non iuris. Cum itàque factum illud non debeat expleri ab infante sed à seruo, qui loqui potest, & quid agat intelligit: iam cessante impedimento facti capacitas illa, quę Iuris est ad effectum acquisitionis seruo communicatur: Indè seruus stipulando Domino infanti acquirit, idem dicitur *in d. l. 1. in princ.* de seruo muti, & surdi.

12 Sed † potuisse mutum etiam Tempore Vlpiani codicillos facere, & sic fideicōmissa dare, probatur euidenter ex *l. conficiuntur §. si post Testamentum ff. de iure Codicill.* vbi hęc quæstio proponitur. Quidam Paterfam. Testamentum fecerat, & in fine Testamenti codicillos confirmauerat. Post factum Testamentum se dederat in adrogationem, & dum filius fam. erat, & in potestate Patris adrogatoris, confecerat codicillos, posteà emancipatus fuerat, & sui Iuris effectus decesserat. Quęsitum fuit an ex codicillis legata deberentur. Inquit I. Cons. *nam, & Testamentum valet.* Quę verba continent rationem prò validitate codicillorum, nempè ex eo, quod valet Testamentum eo in casu *§. non tamen instit. tit. quibus modis test. infirm.* deducit argumentum Iur. Cons. vt valeant etiam codicilli. Verùm in sequentibus verbis subijcit rationē dubitandi aduersus codicillorum validitatem: subdit enim, *sed eo tempore eos fecit, quo Testamenti factionem non habuit:* quasi dicat non benè ex validitate Testamenti deducitur argumentum ad validitatem codicillorum; quamuis enim valeat testamentum; non tamen statim consequens est valere, & codicillos: nam Testamentum in casu proposito factum fuit eo tempore, quo defunctus sui iuris fuit, & potuit testari. At verò codicilli facti sunt eo tempore, quo illos iure non potuit conficere, nec Testamenti factionem habuit, cum esset filius famil. Et vt hanc rationem Iur. Cons. confirmet respondet tacitæ obiectioni, quæ fieri posset ad probandum eum, qui Testamentum facere non potest, posse tamen codicillos, ità vt valeant, & codicilli, quasi testamento confirmati. Argumentum autem est de Muto. Verba Iuris Cons. hæc sunt. *Nec similis est Muto, qui rectè codicillos confirmauerit, licet enim is Testamentum facere non possit, tamen Testamentum quod anteà fecerat in eodem statu est. Huius autem Testamentum sublatum est, & de alienis quodammodò rebus testatur.* Vt argumentum, quod remouere intendit Iuris Cons. sit efficax, necesse est, vt ponatur eum qui testamentū fecerat mutum effectū, deindè codicillos, quos testamento confirmauerat confecisse eo tēpore, quo Testamentum facere non poterat, vt potè cum iam mutus esset. Item, & ponendum hos codicillos à Muto factos valēre; & ità prima facie valebit argumētum à Muto ad filiumfam. Sicuti enim

Codi-

Codicilli à Muto facti valent, & confirmantur ex eo testamento quod fecerat antequam mutus esset, ità videbitur dicta posse valere, & codicillos factos à filiotam. & confirmari ex eo testamento quod fecerat, antequam se in adrogationem daret. Verùm remouet obiectionē Iuris Conf. & similes illos casus non esse ostendit, assignatque diuersitatis rationem; nàm Testamentum, quod fecerat ille, qui posteà mutus effectus est, non fuerat infirmatum ex morbo superueniente, ergò ex eo poterant codicilli posteà facti à Muto confirmati. At verò Testamentum factum ab eo, qui posteà dederat se in adrogationem, fuit per capitis diminutionem sublatum, & irritum factum *§. alio autem modo inst. tit. quibus modis test. infir.* Prętereà iste filius fam. effectus quo tempore facit codicillos de alienis rebus testatur, cum omnia sua bona in patrem adrogatorem transtulisset *instit. tit. de acq. per adrogat. §. 1.* At verò mutus de rebus suis disponit. Neque enim ex superueniente morbo Dominus esse desinit.

Ergò prò explorato, & certissimo Iur. Conf. supponit mutum posse codicillos facere, & in illis legata, & fideicommissa relinquere, alioqui nulla esset dubitādi ratio, nulla esset obiectio, quæ remoueretur, nulla esset, vel esset inepta ratio diuersitatis, quæ adfertur (Decisio, quæ sequitur in textu ad rē nostrā nō pertinet.)

Quòd si ità est mutum, & olim codicillos facere potuisse, non est, cur ea verba, *nisi superueniens morbus impedimento ei sit*. Triboniano tribuere velimus, non ipsi Vlp. imò enim necessariò Vlpiano erunt adscribenda, aliòquin esse ceremus, Vlpianum sensisse mutum etiam ex superueniente accidenti non potuisse olim codicillos facere, quod tamen falsum est.

13 Dices † si mutus ex accidenti potuisset facere codicillos, vtiquè potuisset, & mutus à natura eadem ratione, nam & is facto impeditur testari, quod factum in codicillis non requiritur. Mutus tamen à natura excluditur ab Vlpiano *in d. l. nutu.* Dum enim concedit ei fideicommissum relinquere, qui ex superueniente morbo impeditur, satis id negare intelligitur ei, qui mutus est à natura *argumento l. cum Prator ff. de iudicijs*. Respondeo mutum à natura vt plurimum, & à natura surdum esse *l. discretis §. sin verò infortunium C. qui Testam. fac. poss.* Qui nec intelligit quod agit, nec satis potest ostendere, & significare quid intendat, ergò non mirum, si ab Vlp. excludatur. Quamuis enim interdum, & mutus à natura possit velle, & suam voluntatem significare, vel scriptis, vel nutu, videlicet quandò surdus non est: tamen cum regulam affirmatiuè poneret Vlpianus, idest nutu posse fideicommissum relinqui, vt vera illa esset, oportuit illum subijcere, *dummodò is relinquat, qui loqui potest*. Alioqui si indistinctè nutu relinqui posse dixisset, etiam ab eo, qui loqui non posset, vtiquè fuisset falsa: nàm, & mutum, & surdum à natura comprehendisset. Voluit ergò ostendere Vlpianus, eum posse nutu relinquere fideicommissum, qui loqui potest, & intelligit quod agit. Cæterùm hęc regula, quæ de his, qui loqui possunt, affirmat, de aliquibus, qui loqui non possunt nō negat, sicuti qui affirmat homines rerum experientia prudentes effici: vtiquè non negat studio etiam, & rerum gestarum lectione idem assequi posse.

Explicatur §. si generaliter inst. tit. de Legatis. Caput XIX.

SVMMARIVM.

Si legatum sit per vindicationem, electio legatarij est; si per damnationem est haeredis. n. 1. & n. 9.

Electio eius est, qui actionem potest eligere. n. 2.

Legatum rectà via transit à Testatore in legatarium. n. 3.

Hęreditas hęredes obligat ad legata. n. 4.

Si res ab vno ex heredibus legetur per vindicationem legatum consistit duntaxat pro ea portione, in qua ille heres est. n. 5.

At si legetur per damnationem, solida res debetur. n. 6.

Assignatur ratio differentię. n. 7.

In legato per damnationem, hęredis fuisse electio-

ctionem probatur. num. 8.
Assignatur ratio differentiæ inter legatum vindicationis, & damnationis. n. 10.
Eruditiorum expositio refertur ad hunc §. n. 11.
Reprobatur. n. 12.
Subijcitur interpretatio Autheris. n. 13.
Qua declaratur. n. 14.

SI generaliter Seruus, vel res alia legetur, inquit Iustinianus, electionem legatarij esse, nisi aliud Testator dixerit. Veteres Interpretes, & Doctores nostri circà electionem istam multas dicunt ineptias. Sunt tamen excusandi, quod differentias ignorauerint legatorum, & quid interesset, vtrum per vindicationem, an per damnationem legatum esset. Ex quibus tamen differentijs res ista erat decidenda; quas recentiores ex veterum Iuris prudentum fragmentis didicerunt.

1 Itaque † distinguendum est, vtrum legatum fuerit relictum per vindicationem, an per damnationem. Primo casu electio est legatarij, secũdo casu hęredis.

2 Electionem † in legato vindicationis pertinere ad legatarium probatur ex *l. si seruus §. cum homo ff. de leg. 1.* Vbi respõdetur eius esse electionem, qui actionem potest eligere At is est legatarius ille, cui per vindicationem legatum datum est; non solum enim is habet rei vindicationem, sed & personalem actionem.
3 Quamuis enim † velit Testator, recta via dominium transire in legatarium, nunquam factum hæredis *l. legatum ff. de leg. 2. l. à Titio ff. de furtis*, tamen voluit etiam
4 illud legatario pręstari: ex qua † voluntate obligatio hęreditati imposita adeunte hęrede in ipsum transit *l. siuè à certis ff. de duobus reis*, qua ratione etiam legatum per vindicationem dicitur ab hærede relictum *d. l. à Titio ff. de Furtis l. si eadem ff. si quis omiss. cau. test.* Vndè pulchra adnotari potest differentia inter legatum vindicationis, & damnationis ab
5 vno ex hæredibus re legata: In legato † vindicationis, si res ab vno ex hæredibus legetur, prò ea portione transit illa in legatarium, prò qua hęres ille est, à quo res est relicta *l. si fundum § si libertus ff. de leg. 1.* At † verò per damnatio-
6 nem re ab vno ex hęredibus data, ab vno solida debetur *l. si tibi §. 1. l. ab omnibus ff. de leg. 1. l. Manius §. cum quis ff. de leg. 2.*
7 Differentiæ † autem ratio est manifesta, quià in legato vindicationis agitur de dominio transferendo in legatarium, & hęredi auferendo; res verò ab vno legata, cum prò parte tantum sit in eius hæreditaria portione, prò ea tantum parte poterit transferri. In legato verò damnationis id agitur vt hæres, qui grauatur legatario dare, obligetur; potest autem quis obligari dare etiam rem alienam, quià à Domino potest illam comparare.

Ergò etiam legatum vindicationis ab hærede relinquitur; Quamuis enim velit Testator, vt dixi, dominium recta via transferre in legatarium, vult tamen etiã voluntatem suam ab hęrede seruari, remque legatam, prò vt iussit præstari. Ergò ex ea voluntate Testatoris hæres adeundo obligatur, & non solum rei vindicatione potest vti legatarius ad rẽ legatam vindicandam, sed potest etiam aduersus hæredem personalem actionẽ intentare. Et de hoc legatario, cui per vindicationem relictum est intelligendi sunt textus, in quibus dicitur legatario datum esse pluribus actionibus vti *l. huiusmodi §. fin. l. seq. l. si seruus legatus §. cum homo ff. de leg. 1. l. 3. C. de leg. l. cum filius § varijs ff. de leg. 2.*

Confirmatur quod dicebamus electionem legatarij fuisse, cui per vindicationem legatum datum esset *ex l. Lucio ff. de leg. 2. l. planè 34. §. pen. ff. de leg. 1.*

8 E conuerso † in legato per damnationem, hæredis electionem fuisse probatur *ex l. si ità relictum §. fin. ff. de leg. 2.* Vbi dicitur, si ità relictum sit *decem, aut quindecim heres dato*, perinde esse, ac si decem legata essent; redditur ratio, quià hæredis electio est. Verba autem illa sunt legati per damnationem, vt constat ex *Vlp. tit. 24. §. per damnationem.* similis textus *in l. qui concubinam §. cum ità legatum ff. de leg. 3.* Vbi testator hæredes damnauit, vt tantam partem vxor haberet, quantam vnus hæres. Quæritur quæ pars debeatur. Respondetur minimam: ea ratione expresse reddita, quià cum hæres dare damnatus esset, in pote-

state

ftate eius esset, quam partem daret. Similis textus *in l. si ità relictum in princ. ff. de leg. 2.* Et de legato damnationis intelligendus textus *in l. cum res §. sed si Stichus, & textus in l. si quis à filio §. pen. ff. de leg. 1.*

9 Et † differentiam istam inter legatum per vindicationem, & damnationem, euidenter probat *l. si is cui ff. de leg. 2.* Vbi dicitur si legatus sit Stichus, aut Pamphilus, & legatarius vindicauerit Stichum, cum putauerit sibi Stichum legatum, non posse amplius Pamphilum vindicare tanquam si hęres alterutrum dare damnatus, Stichum dedisset, cum ignoraret sibi permissum, vel Pamphilum dare, nam, & is non potest repetere. Ergò plurimum interest ex eo textu, damnatus sit hæres dare, an per vindicationem sit legatum. Primo casu hæres eligere potest, secundo verò casu legatarius; Et ex hac differentia concilianda est Antinomia de qua *in l. si cui 9. ff. de Seruitutibus l. si cui 26. ff. de seruit. rust. pręd.* Vt altero casu per vindicationem, altero per damnationem fuerit legatum.

10 Ratio † autem huius diuersitatis ea est, quià in legato per vindicationem dominium transit in legatarium rectà via sine facto hęredis *d. l. legatum 80. ff. de leg. 2. l. à Titio ff. de Furtis.* Ità vt ex eo genere legati acquirat legatarius Actionem in rem, quam cum habeat potest ad libitum intentare. At verò in legato per damnationem electio est hæredis, quià hęres ipse debitor constituitur ex eo legato, & dare grauatur: electio autem semper debitoris est *l. plerumque §. fin. ff. de iure dotium.*

11 Ex † his, & similibus explicant Eruditiores textum nostrum, vt scil. tunc sit legatarij electio, si per vindicationem fuerit legatum.

12 Sed † quamuis hæc verissima sint, non tamen video quomodò nostro §. possint accomodari. Nam si prò vt per vindicationem, aut per damnationem legatum fuerit, electio, vel ad legatarium pertinet, vel ad hæredem: non fuit dicendum legatario electionem competere, nisi aliud Testator dixerit, Nam imò si fortè legatum fuerit per damnationē, etiam si de electione nihil dixerit Testator, tamen electio erit hæredis, & sic falsa erit nostri §. decisio: Præterea ex hac differentia nostri §. interpretatio non est desumenda, cum imò Iustinianus prohibuerit ea in Digesta referri, quę erant correcta, & abolita, vt sine dubio deliquerint compilatores, qui in Digestis fragmenta quędam reliquerunt Iuris veteris, qui tamen id nolentes egerunt, & potius per obliuionem. Vndè nullibi eas differentias docuerunt, vt nec intelligi potuissent, nisi veterum fragmenta Prudentum habuissemus. Cum itàque Iustinianus ipse *in d. §. si generaliter* nos doceat ad quem electio spectet, qui paulò antè, *& ad princ. tit. de legatis* dixerat differentias omnes sublatas inter ea genera legatorum, non est credendum electionem ipsum nobis proponere æstimandam ex legato vindicationis, aut damnationis, maximè cum generaliter, & indistinctè eam tribuat legatario, nisi testator aliud dixerit.

13 Ergò † verissimum ego credo, quod dum in Scholis adhuc addiscerem, existimaui §. illum esse accipiendum secundum tempora Iustiniani post sublatas inter genera illa legatorum differentias, ità vt hodiè, nisi aliud Testator dixerit, quibuscumque verbis legatum Testator reliquerit electio tamen semper legatarij sit. Id verò ius ex eo procedit, quoniam quę ratio efficiebat olim, vt ex legato per vindicationem cōpeteret legatario electio, eadem efficit hodiè, vt quocumque genere legati, & quibuscumque verbis legatum sit, electio semper competat legatario. Competebat olim electio legatario, si per vindicationem legatum esset, quià idem habebat actionem in rem, ità vt quam mallet rem posset vindicare, vt suprà diximus. At hæc ratio viget hodiè in quolibet legatario, quibuscumque verbis legatum fuerit relictum: cum Iustinianus constituerit quibuscumque verbis legatum fuerit relictum, legatario competere electionem actionum, & posse illum agere, vel actione in rem, vel personali, vel hypothecaria, vt ipse testatur *in §. sed olim inst. tit. de leg.* Vndè consequens est posse eum etiam eligere

rem

rem legatam, cum possit rei vindicationem intentare.

Et qua ratione poterat olim legatarius, cui per vindicationem legatum erat rem legatam eligere, quià electionē habebat actionum *l. si Seruus legatus §. cum homo ff. de leg.* 1. eadem ratione potest hodiè quisquè legatarius rem legatam eligere, cum quisque habeat actionū electionem: Planè ex ea constitutione Iustiniani non fuit tollendum arbitrium Testatori electionem dandi hęredi, si mallet. Itàque, si expresse Testator dixerit electionem hęredis futuram, non poterit legatarius eligere, sed ex voluntate expressa testatoris hęres ipse dabit quod volet. Cessante verò Testatoris voluntate expressa ex Iuris subtilitate hodiè propter Actionum electionem electio semper erit legatarij.

4 Profectò † supponendi semper erunt termini habiles, nempè relictos plures homines in hęreditate, quo casu vno homine legato poterit legatarius eligere, aliòqui si nullum hominem reliquisset Testator, electio legatario non competeret, cum nec eo casu posset vindicare seruos alienos, quod obtinebat etiam de Iure antiquo, vt benè aduertit Cuiacius *ad Aphricanum in l. si Seruus §. cum homo ff. de leg.* 1. Quo casu si legatum vindicationis factum esset, & res legata in hæreditate non esset relicta, legatum vindicationis conuertebatur in legatum damnationis ex Sen. Cons. Neroniano, vt docet Vlp. *in fragm. tit. de leg.*

Examinatur l. Auia 77. ff. de cond. & dem. Caput. XX.

SVMMARIVM.

Reponitur responsum Papiniani, in l. Auia ff. de cond. & dem. n. 1.

Conditio adiecta libertati non intelligitur in institutione repetita. n. 2.

Conditio adiecta vni parti heredi data, non intelligitur repetita in alia parte eidem data. n. 3.

Pater emancipans filios à Matre sub conditione emancipationis institutos, cur à legatis eisdem purè relictis repellatur. n. 4.

Legatum conditionale cedit à die existentis conditionis. n. 5.

Conditio institutioni adiecta in legato non intelligitur repetita. n. 6.

Fallit, si agatur de Seruo Iure speciali, & fauorabiliter. n. 7.

Quæ iure speciali constituta sunt, non sunt trahenda ad consequentias. n. 8.

Verba hoc amplius inducunt conditionis repetitionem. n. 9. contrarium. n. 21.

Conditio apposita institutioni, non intelligitur similiter adiecta libertati n. 10.

Emendanda est l. cum Seruus ff. de cond. instit. num. 11.

Explicatur l. Latinus Largus ff. de leg. secundo num. 12.

Resoluuntur obiecta. n. 13 & seq.

Explicatur l. filium ff. quandò dies leg. ced. num. 14.

Scæuola ad quæstiones facti non respondet. n. 15.

In danda libertate verba requiruntur. n. 16.

Legata Seruo proprio sinè libertate relicta non valent. n. 17.

Olim seruus proprius sinè libertate inutiliter instituebatur. n. 18.

Seruus tutor datus fauore pupillorum videbatur iussus liber esse. n. 19.

Conditio sepè etiam tacitè inest. n. 20.

Conditio institutioni apposita videtur in libertate repetita. n. 22.

Seruo hęrede instituto libertas ei data videtur à semetipso. num. 23.

Prælegatum accipitur partim iure hæreditario. num. 24.

Libertas competit statim vno ex pluribus hęredibus adeunte. n. 25.

1 SI Auia † quæ nepotem instituerat sub ea conditione, si a Patre emanciparetur, fecerit codicillos, in quibus ità dixerit, *hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem institui lego prædia illa.* Respondet Papinianus conditionem emancipationis repetitam videri; quamuis Auia in legato nepoti non substituerit, pro vt fecerat in hæreditate. Mouetur autem Papinianus ad ità respondendum argumento eius, quod Pius rescripsit, seruo purè data libertate, eoque sub conditione hærede instituto, si eidem lega-

tum

tum detur sub conditione, si heres non esset; videri in legato libertatem repetitam.

2 Quod † quidem Papiniani responsum ex pluribus videtur reprehendi posse. Nam in primis si quis sub conditione seruo proprio dederit libertatem, posteà autem eumdem instituerit, conditio libertati adiecta, non intelligitur in hereditate repetita, licet validitas institutionis pēdeat à libertatis datione, si ergò pendente conditione, seruus, vel alienatus, vel manumissus fuerit; quià institutio eo tēpore consistit, & ad eius validitatem non est amplius necessarium ex testamento seruum libertatem consequi; valet institutio, quamuis conditio libertati adiecta deficiat *l. qui filio §. si quis seruum §. igitur. ff. de hered. instit. facit l. si in diem §. seruo, alias. l. seruo ff. de cond. & dem.* ergò multò minus conditio in institutione adiecta, censebitur in legato repetita, cum aliud legatum sit, aliud hereditas, nec quid cum hæreditate commune habeat legatum *l.*

3 *si Titius 96. ff. de leg. 3.* Et † si conditio vni parti hæreditatis adiecta non intelligitur, & alij parti eidem datæ apposita *l. si liber homo §. Titius ff. de hered. inst. l. si quis ità scripserit ff. eodem* multò minus censebitur conditio adiecta institutioni in legato repetita.

4 Secundò † si Mater filios sub conditione emancipationis ex partibus hæredes scripserit, eisque plurium rerum dederit præceptiones purè; dicitur Patrem à legatorum commodo repelli, quod filios emancipando voluerit supremum iudicium vxoris suę custodiri *l. duos 70. ff. de cond. & dem.* Si ergò ea ratione Pater excluditur à legatis, quod filios emancipauerit, non intelligitur conditio emancipationis in legato repetita. Aliò-

5 quin † excluderetur ipso Iure, quià legatum non nisi impleta conditione inciperet deberi, nec anteà dies eius cederet, *l. 5. in princ. ff quandò dies leg. ced.*

6 Tertiò † Responso Papiniani è diametro contraria est *l. filium. §. quandò dies leg.* vbi instituto sub conditione emancipationis filio fam. & ei dato purè legato, vel fideicommisso, conditio emancipationis non censetur repetita, sed etiam antequam filius sit emancipatus potest à cohærede prælegatum peti.

7 Quartò † non rectè videtur à rescripto Diui Pij inferre Papinianus ad casum *d. l. Auia.* Nam Diuus Pius in seruo fauorabiliter rescripsit *l. Diuus Pius ff. de ma-*

8 *num. test.* non † sunt verò hęc, quæ speciali Iure constituuntur ad consequentias trahenda *l. quod verò cum duabus seq. ff de legib.*

9 Quintò *in l. Auia* Testator apposuerat ea verba, *hoc amplius*, quæ † conditionis repetitionem inducunt *l. libertis ff. de cond. & dem.* Ergò non opus fuit recurrere ad rescriptum D. Pij ad repetitionem inducendam.

Sextò non videtur Papinianus in l. Auia fideliter referre casum, in quo D. Pius rescripsit; Nam Papinianus refert eum casum, quo purè libertas data est, sub conditione hæreditas. At verò Pius rescripsit in eo casu, quo tàm libertas, quàm hæreditas sub eadem conditione fuit data. Nempè quià in eo casu seruus fuerat hęres cum libertate substitutus *d. l. Diuus ff. de man. test.* sicuti autem substitutio conditionalis est, nempè quià eam conditionem continet, si primus hæres non erit, ità & libertas substitutioni iuncta.

Septimò si ponamus Pium rescripsisse in casu, quo libertas fuerat purè data, hęreditas verò sub conditione, prout eum casum refert Papinianus; non erit par ratio inter casum, quem Papinianus proponit *in l. Auia*, & Casum, in quo Pius rescripsit. Nam in casu, quo Diuus Pius rescripsit, fuit minor dubitandi ratio;

10 cum † enim purè ibi Testator dederit libertatem, hæreditatem sub conditione, voluit libertatem in omnem casum seruo competere: nec conditionem institutioni appositam intelligitur voluisse in libertate repetere, qua ratione deficiente conditione institutioni adiecta liber tamen seruus fit *l. & expleta ff. de hered. inst. l. cum seruus ff. de manum. test.* Vndè non mirum si in legato intelligatur libertas repetita: quià etiam non dato legato repetita intelligeretur, cum in omnem euentum, etiam deficiente condi-

N tione

tione institutionis voluerit Testator illum liberum fieri. At in casu, quem Papinianus proponit conditio emancipationis non omni dispositioni fuit apposita, sed institutioni tantum, ergò non est, cur in legato censeatur repetita.

His tamen non obstantibus, retinenda, & defendenda est Papiniani decisio ea ratione, quoniam Testator, qui expressè ostendit moueri ad filiumfam. instituendum eiusdem intuitu; vt sibi acquirat, non alij hereditatem; credendus est eàdem affectione motus ad ei legandum; sicuti, & is, qui semel hereditatem dedit seruo sub conditione, ità vt eam sibi acquireret, quoniam, & ei libertatem dedit, si posteà eidem leget, si heres non extiterit, videtur eidem voluisse legare ità, vt sibi legatum habeat, & consequenter fit liber, vt bene ratiocinatur Papinianus, cuius † responso simile est illud Marciani *in l. cum seruus 18. ff. de cond. inst.*, vbi tamen (vt rectè monet Cuiacius) legendum est, *repetitam videri libertatem, non conditionem*, ut probatur *ex l. Diuus ff. de man. test. & ex l. Auia hac nostra*.

12 Et † eàdem ratione nititur textus *in l. latinus largus ff. de leg. 2.* vbi libertus quidam filiam suam heredem instituit, & rogauit eam, vt quibusdam Ancillis Patroni restitueret hæreditatem, cum hæ manumissæ essent, & si filia heres non esset, eas Ancillas substituit. Filia noluit hæres esse, & sic factus est locus substitutioni; Patronus idem ancillarum Dominus iussit Ancillas adire, posteà eas manumisit. Petebant Ancillæ iam manumissæ à Patrono fideicommissum; quæsitum fuit quid Iuris, & respondit IurisConsf. nullum fideicommissum datum esse, sed in eum casum Ancillas substitutas, quo eis fideicommissum datum esset, idest si manumissæ essent. Redditur ratio, quià quoties seruo alieno ab hærede datur fideicommissum sub conditione libertatis, & si ille hæres non erit idem seruus substituitur, videtur sub eàdem libertatis conditione substitutus. Nempè sicuti voluit testator fideicommissariam hæreditatem Ancillis ipsis acquiri, ità & credendum est voluisse eidem acquiri hæreditatem directò datam per vulgarem substitutionem.

13 Quæ † in contrarium fuerunt allata non obstant. Nam ad primum facilis est responsio. Regulariter conditio adiecta institutioni non est censenda repetita in legato, nisi aliqua vigeat ratio voluntatis testatoris. In proposito ratio adest, quià conditio illa si filius fuerit emancipatus eo consilio apponitur, vt possit ipse sibi hæreditatem acquirere, ex quo ostenditur Testatoris erga filium affectio, quæ eadem creditur ad legatum filio relinquendum Testatorem induxisse, & sic eodem consilio eadem voluntate, vt scil. ipse filius sibi legatum acquireret.

Ad Secundum resolutio est petenda ex illis verbis eiusdem contextus. *Patrem a legatorum commodo illa quoque ratio debet summouere*, quę verba ostendunt non ex illa sola ratione, quæ in textu refertur Patrem excludi; sed & alia, nam illa dictio, *quoque*, alias implicat rationes. Ratio autem, cur Pater excludatur illa est, quia conditio emancipationis institutioni adiecta, videtur in legatis repetita, quę ratio eo magis Patrem excludit, quod ipse filios emancipando voluerit Testatoris voluntatem custodiri, vt respondetur in textu, ex quo magis confirmatur, veram rationem, cur Pater excludatur, illam esse, quòd Pater voluerit conditionem repetitam; aliòqui si repetitam noluisset Pater emancipando ostendisset, quidem velle voluntatem Testatoris custodiri; sed non ibi conditionem esse adiectam, vbi Testator adiectam noluit. Ergo sensus eius Textus ille est, Patrem summoueri à commodo legatorum ex voluntate Testatoris, qui conditionem creditur voluisse etiam in legatis repetitam; sed tamen si Pater filios emancipauerit, voluntati Testatoris, addi potest & alia ratio, scil. voluntas Patris, qui emancipando voluntatem Testatoris confirmauit.

14 Ad Tertium † respondeo non fuisse vndequaque certum, an Testator instituttioni adijciens conditionem emancipationis intelligeretur eam repetijsse, in legatis, ideò Papinian. in hac l. nostra vtitur argumento rescripti D. Pij. Possunt enim

enim interdum esse coniecturę volunta-
15 tis in contrarium. Itàque † Sceuola I. C.
omissa quæstione facti respondit ad quę-
stionem Iuris, vt semper solet *l. à Testa-
tore ff. de cond. & dem. l. tabernam ff. de
fund. instruct. & instrum. leg. l. cum mari-
tus §. Titius. ff. de pact. dotal.* Imò Scęuo-
la interrogatus de facto nihil respondet,
& pro responsione est de Iure non quęri
*l. Seia 20. §. fin. ff. de fund. instruct. & in-
strum. leg.* & ideò non simpliciter dixit,
pręlegatum peti posse, sed ea addita con-
ditione *si purum sit:* noluit autem decide-
re an purum esset, quià id ex voluntate
testatoris pendebat, & sic ex facto. Pla-
nè videri potuit in ea facti specie purum
legatum esse, quòd ab initio Testator, &
hęreditatem, & legata purè dedisset, po-
steà verò adiecisset conditionem dunta-
xat hęreditati; de legato autem nihil di-
xisset; ex eo enim videtur Testator cir-
cà legatum nihil voluisse innouare, de
quo nihil dixit, & quod ab initio purum
esse voluit; sed de hac facti quęstione
noluit Scæuola respondere, duntaxat de
Iuris quæstione respondet.

Ad quartum Respondeo, Pium non in
eo fauorabiliter respondisse, vt Testator,
qui hęredem seruum instituit, eidem da-
ta libertate videatur in legato libertatem
repetere voluisse: hoc enim satis ex facto
præsumebatur, sed id fauorabiliter re-
scripsisse, vt libertas in legato nō adscri-
pta prò adscripta haberetur *d. l. diuus ff.
de man. test.* Quamuis enim de voluntate
16 Testatoris dubitari non posset; tamen †
cum in libertate danda verba requirãtur
l. libertates 16. ff. de fideic. libert. tacita
17 voluntas non sufficit. Ideòq; † legata olim
seruo proprio sinè libertate data non va-
lebant, quamuis dando legatum satis vi-
deri posset Testator velle seruum liberũ
esse *l. Seruis C. de leg. l. in fideicom. C de
fideic. l. planè §. si coniunctim ff. de leg. 1. l.
18 statuliberum ff. de leg. 2.* Hac etiam † ra-
tione inutiliter Seruus proprius non data
libertate instituebatur. Iustinianus ipse
constituit tacitè datam censeri, & valere
hęredis institutionem *§. 1. inst. de hared.
19 inst.* † duntaxat in Tutore dando seruo
iure speciali in pupillorum fauorem re-
ceptum fuerat, vt data videretur vtili-
ter libertas *l. quęro §. Titius l. si hereditas §. fin. ff. de test. tutel. l. & si non adscripta C. de fideicom. libert.* Ergò Iure speciali, & fauorabiliter Diuus Pius rescripsit, vt ea tacita voluntas Testatoris, quę tamen ad libertatem seruo dandam sufficere non potuisset, in illo casu sufficeret, & libertas tacitè data perindè competeret, ac si expressis verbis fuisset adscripta; Papinianus verò non vtitur argumento Rescripti illius ad inducendum quid speciale, nec in ea parte, qua specialiter constituitur, sed duntaxat argumento eius rescripti vtitur, vt ostendat Testatorem, qui apponit conditionem emancipationis in hęrede instituendo videri eamdem repetere in legato eidem dando: sicuti Testator, qui dat libertatem seruo, quem sub conditione instituit, videtur eamdem libertatem in legato, si hęres ille non existat, repetere, quæ voluntatis coniectura, non ex Iure speciali, sed ex facto deducitur. Probat autem Papinianus voluntatem eam esse testatoris, argumento, & Authoritate D. Pij, qui, & ipse ex facto talem voluntatẽ Testatoris coniecit. Cęterùm nullum speciale inducit Papinianus: nam posita ea Testatoris voluntate, licet tacita; sequi-
20 tur conditionale legatum esse; Nam † etiam tacita sufficit, & efficax est in Testamentis, vt legatum conditionale sit, prò vt contingit purè translato legato, quod sub conditione datum erat *l. legatum sub conditione ff. de adim. leg. l. legatum sub conditione ff. de cond. & dem.* Item, & in pura repetitione legatorum à substituto, quæ sub conditione ab instituto erant relicta *l. cum. pater §. ab instituto ff. de leg. 2.* Ratio est, quià in conditionibus sola voluntas Testatoris inspicitur *l. in conditionib. ff. de cond. & dem.* Nequè ad conditionem inducendam uerba sunt necessaria, quę figuram conditionis prę se ferant; sed sola sufficit Testatoris voluntas ad conditionem inducendam *l. si ità fuerit §. fin. ff. de man. test.* Vndè *in l. latinus largus ff. de leg. 2.* ex iure communi respōdetur substitutionem sub eadem conditione factam, nempè quià conditio etiam tacita conditionalem efficit dispositionem.

21 Ad † quintum respondeo ex eo verbo, *hoc amplius*, non semper repetitionem induci, vt probat Africanus *in l. si Seruus legatus §. si ità scriptum ff. de leg. 1.* ex cuius dictis constat saltem dubiam rem fuisse, itàque non satis fuit Papiniano ad repetitionem conditionis probandam illis verbis vti. Præterea fortè repetitio induci potest, si legato legatū addatur, eo enim casu, quasi nouum legatum sit augumentum eius, quod prius datum est, easdem recipit conditiones. At verò si hæreditatis dationi addatur legatum, legatum quod insuper datur, non auget dationem hęreditatis, cum imò aliud sit ab hęreditate separatum, & distans: vt dicebamus, Ergo cum quid sit separatum, non potest intelligi Testator repetere etiam velle conditiones, quasi vnica sit dispositio. Et quamuis etiā Papinianus ex eo verbo, *hoc amplius*, potuisset conditionis repetitionem probare, non tamen ideo absurdum fuisset sententiam suam argumēto rescripti D. Pij confirmare, & omissa vna ratione, alia vti.

Ad Sextum respondeo, ponendum ex eo, quod tradit Papinianus *in d. l. Auia*, & Marcianus *in d. l. cum Seruus ff. de cond. inst.* libertatem purè datam seruo substituto, quod non repugnat *d. l. Diuus Pius ff. de man. test.* indistinctè enim ibi dicitur, seruum cum libertate substitutum. An verò libertas purè sit data, an sub eadem conditione substitutionis, non declaratur: ergò ex alijs locis supplendum, in quibus apertè id dicitur.

Ad septimum Respondeo imò parem esse rationem in casu Papiniani. Quam-
22 uis enim † libertate purè data seruo, eoque sub conditione instituto hærede, si verba attendamus, & verborum figuram: videri possit seruus libertatem purè accepisse, tamen vi ipsa libertas data est sub eadem conditione, sub qua hæres seruus est institutus, ità vt ex conditione tàm hæreditatis datio, quàm libertatis pendeat, vt dicitur *in l. Trebatius §. 1. ff. de hered. instit.* Ratio † autem
23 est, quià Seruo hęrede instituto libertas eidem data intelligitur à se ipso non à cohærede *l. 6. §. fin. ff. de hared. instit. l. 2. §. si in primis ff. de statu lib.* ità vt eodem momento fiat hæres, & liber *l. quoties §. si quis ità l. talem in princ. ff. eod.* nec potest vnica datio libertatis diuerso Iure censeri, vt data videatur, & à cohærede, & à se ipso, ergò cum à se ipso capere debeat libertatem, si conditio existat, necessariò intelligitur libertas à se ipso ei data, & censetur data ob hæreditatem, eaque interpretatio est omninò necessaria. Cùm enim libertas res sit indiuisibilis, quę non nisi in solidum competere potest, si seruum consideremus tanquam rem hęreditariam, libertas à tota hęreditate erit deducenda, non
24 à parte hęreditatis, pro vt † diceremus de prælegato vni hęredum facto, quod capitur à tota hęreditate, & ideò pro ea parte, qua quis est institutus iure hęreditario *l in quartam ff. ad l. falcid. l. legatum 116. §. 1. ff. de leg. 1.* Si itàque cohæres serui adeat hæreditatem, non potest competere libertas seruo hęredi instituto sub conditione, quasi à cohęrede eam accipiat, quià is totam hæreditatem non habet, & fieri potest, vt nunquam habeat; sed seruo ipsi existente conditione acquiratur, & sic vt ipse à se ipso accipiat libertatem vnà cum hęreditate.

25 Et quamuis † data ab hæredibus libertate, vno adeunte statim libertas competat non expectata aliorum aditione *l. si legato §. fin. l. Testam. manumissus §. 1. cum concordantibus ff. de manum. test.* tamen non ità est seruo ipso ex parte sub conditione instituto, ratio diuersitatis est, quià primo casu certum iam est, libertatem competituram ab hæredibus quicumque posteà hęres existat, vel non. At secundo casu incertum est, an à cohærede sit accepturus libertatem seruus, an à se ipso, nec simul potest videri accepisse à se ipso, & à cohęredibus, ergò ea accipitur interpretatio, vt à se ipso acceperit: à se ipso autem liber fieri non potest, quin hæres sit, cum alioqui deficiente conditione fieri posset, vt hæres non esset, & sic non posset dici à seipso libertatem accipere, qui nec hęres existere posset. Si ergò deficiat conditio, cum à se ipso libertatem accipere non possit, nec ab hæredibus accipiet: quoniam ab istis data non est. Cęterùm

rùm hac ratione, non obstante Iulianus in contrariam sententiam inclinauerat, vt scilicet id potiùs fieret ex rei necessitate, quàm ex Testatoris voluntate, qui cum purè libertatem dedisset, videri poterat voluisse in omnem euentum liberum seruum esse *l. & expleta 22. ff. de hared. inst.* non tamen omnes illius sententiam fuerant amplexi, vt intelligimus *ex l. 2. §. pen. ff. de statu lib.* vbi dicitur, deficiente conditione hæreditatis seruum, cui libertas purè data erat, liberum fieri secundùm Iulianum, ex quo colligi potest non communem omnium fuisse sententiam: aliòqui solus Iulianus non fuisset author citatus. Quamuis enim legamus *in l. cum seruus ff. de man. test.* placere deficiente conditione hæreditatis seruum liberum esse, cui libertas data erat, tamen vel id posteà receptum fuit, vel à Triboniano, quasi recepta Iuliani sententia cõtraria reiecta, ità scriptum est. Ergò cum certum non esset, & statutum libertatem deficiente conditione hæreditatis competere, Pius rescripsit repetitam videri (iam supponens aliòqui non competere) motus ea ratione, quòd legatum ei datum esset, si hæres non esset, cui in hæreditatis datione fuerat etiam data libertas, non ea, quòd libertas purè data esset; ergò optimo iure potuit Papinianus à casu, in quo Pius rescripsit argumentari ad casum ab ipso propositum, cum rescriptum Pij ex præsumpta voluntate Testatoris emanauerit, quæ quidem præsumptio ex paritate rationis æquè locum habet in casu à Papiniano proposito *in d. l. Auia.*

Ad l. Fin. §. fin. ff. de dol. mal. & met. except. Cap. XXI.

SVMMARIVM.

Proponitur difficultas ex l. fin. §. fin. ff. de dol. mal. & met. except. num. 1.

Asseritur Bartoli, & Doctorum expositio. num. 2.

Reycitur. num. 3.

Subycitur Auctoris sententia. num. 4. & seq.

Conditiones, quæ in dando consistunt, prò rata emolumenti diuiduntur. num. 5.

Duobus legatis, & vni tantum legato onere imposito, non potest legatarius illud legatum repudiare, quod onus habet annexum, vt aliud sinè onere consequatur. num. 6.

Qui duo relinquit legata, & vni apponit onus, alteri idem onus apponere velle non censetur. num. 7.

Legatarius tamen exceptione repellitur, qui legatum respuit quod onus habet annexum, aliud verò petit. num. 8.

1 SI † regulariter conditio institutioni adiecta in legato eidem facto repetita non censetur, vt in præcedenti capite diximus, cur *in l. fin. §. fin. ff. de doli mali, & met. except.* conditio illa, *si parem fecerit rationem administratæ tutelæ*, institutioni apposita, censetur repetita in legatis eidem hæredi datis, ità vt repudiata hæreditate, nec legata peti possint, si conditioni hæres, qui fuit institutus, parere neget? Respondeo imò ex d. §. fin. probari euidenter, conditionem institutioni adiectam in legatis non censeri repetitam; nam si repetita intelligeretur; hæres, qui repudiauit hæreditatem nè conditionem impleret, conditione non impleta, non posset legata petere: nam antè impletam cõditionem ea non deberentur, & ipso iure peti non possent; Petere tamen potest; quod intelligitur ex eo, quià si petat, doli exceptione repellitur *d. §. fin.* quæ sanè exceptio supponit actionem ipso iure competere, cum nihil aliud exceptio sit, quã actionis exclusio *l. 2. ff. de except.* Ergò conditio illa institutioni adiecta non censetur repetita in Legatis.

Sed si repetita conditio non censetur, qua ratione hæres, qui hæreditatem repudiauit, si petat legata doli exceptione

2 repellitur? Bartolus, † & Doctores communiter existimant conditionem repetitam: ideò ipso iure filium legata petere non posse: si tamen de facto petat, de facto exceptione repellitur. Sed † hæc fa-

3 cti exceptio Viris doctis omninò incognita, & improbata est, cum nulla talis sit.

4 Ego † existimo conditionem repetitam non censeri; quià vt dixi conditio regula-

regulariter institutioni apposita non censetur in legato repetita, cùm nihil cùm institutione legatum habeat commune.

5 Verùm † quoniam conditio illa, *si parem rationem feceris tutelæ*, potestatiua est, & consistit in dando, & liberando cohęredes ab eo, quod debent ratione tutelę, magis consideratur tanquam onus, quàm tanquam casus (quà ratione huiusmodi conditiones prò ratha emolumenti diuiduntur *l. qui heredi §. si pars ff. de cond. & dem. l. ei qui non amplius ff. de mortis causa donat. l. vnica §. prò secundo §. ne autem*

6 *C. de cad. toll.* Et quoties † duo sunt relicta, & vni tantum legato onus est impositum, non potest honoratus in hæredum præiudicium repudiare illud, cui onus annexum est, & aliud sinè onere amplecti *l. sed duobus 5. § 1. ff. de leg. 2.* Ideò nec potest filia hæres instituta repudiare hęreditatem, ne onus adgnoscat, & legata sine onere accipere. Quamuis

7 † enim Testator, qui duas res (Ex. gr.) legat & vni onus apponit, non intelligatur apponere, & alteri legato, vt probatur euidenter, non solum quià vni apponendo, censetur alterum sinè vllo onere relinquere, cum inclusio vnius soleat esse alterius exclusio *l. cum Prętor ff. de Iudicijs.* Verum etiam *ex l. si legatario ff. de fidei com. libert.* vbi quis reliquit fundum, & decem, & expressit in legato pecunię onus manumittendi seruum; Legatarius fundi legatum sinè onere relictum adgnouit: decem repudiauit: dicitur cogendum adgnoscere legatum pecunię, vt teneatur seruum manumittere, ergò ex eo quod adgnouit fundum, seruum manumittere cogi non potest. Ergò onus manumittendi non est impositum legato fundi, Tamen fauore libertatis tùm *in d. l. sed duobus §. 1. ff. de leg. 2.* tùm *in d. l. si legatario* constitutum est, vt legatarius vno adgnito legato, in perniciem fideicommissariæ libertatis, non possit alterum repudiare, vt rectè censet Cuiacius *ad d. l. sed duobus 5.* Qui rectè decisionem illam restringit ad eum casum datæ fideicommissariæ libertatis. In alijs verò oneribus, quamuis non cogatur, qui vnum legatum adgnoscit sinè onere, aliud similiter adgnoscere, quod cùm onere datum est, & quamuis repudiato eo, quod cùm onere est, possit aliud quod sinè onere est, adgnoscere, illudque petere ipso Iure, vt probatur ex d. textu *in l. fin. § fin. ff. de doli mali; & met. except.* Tamen si petat, quod adgnouit doli exceptione repellitur, quià contrà voluntatem petit, qui voluntatem Testatoris negat implere, Verùm quidem est onus hæreditati iniunctum in casu nostro non esse in legatis repetitum, vt diximus, sed tamen indignus est, qui Testatoris voluntati negat parere, vt ex eius voluntate quid consequatur argumento *l. Nesennius 22. l. filio 94. ff. ad l. Falcid.* Qui enim contrà voluntatem Testatoris detrahere vult Falcidiam, quæ contrà voluntatem Testatoris detrahitur *l. Titio ff. ad l. Falcid* legata sibi vicissim non consequitur, Testator, qui vni legato onus apposuit, existimauit illud oneri sufficere; fortè & alij onus apposuisset, si cogitasset legatarium vnum repudiaturum, vt alterum adgnosceret. Accedit in casu *d l fin. §. fin.* alia ratio quoniam ex filiæ repudiatione deterior longè fieret hæredum conditio, quos portionem hæreditatis repudiatam accipientes, in qua prò dimidia onus pręlegati continetur (semis enim filiæ hęreditatis datus erat) illud onus sentire oporteret, cùm totum prælegatum soluere deberent *l. qui filiabus §. fin. l. sequ. ff. de leg. 1. l. miles §. fin. ff. de leg. 3.* & tamen non liberarentur tutela. Tota dimidia illa pars hęreditatis data erat prò onere, & emolumento cohęredum, vt scilicet liberarentur: Emolumentum cohæredes non recipiunt, quià non liberantur, dimidiam autem integram hęreditatis partem non consequuntur, sed ex eo semisse dimidiam prælegatorum partem deducere debent, ergò eo magis doli exceptione repelli debet filia, quæ omissa hęreditate legata vindicat. Quia in summa, qui voluntatem, & Testatoris mandata non implet ex eiusdem voluntate emolumentum consequi non meretur.

Ex-

Explicatur l. insulam 58. §. in operis ff. locati. Cap. XXII.

SVMMARIVM.

Si quis factum promittat purè, subintelligitur illud tempus, quo fieri possit. num. 1.

Quod nec longissimum, nec minimum esse debet, sed modus adhibendus. num. 2.

Tempus adiectum expressè, quod impossibilem efficit dispositionem in contractibus, vitiat. num. 3.

Impossibilis conditio contractus vitiat. n. 4.

Proponitur difficultas ex l. insulam 58. §. in operis ff. locati. num. 5.

Refertur ad eum textum Doctorum interpretatio. num. 6.

Quibus Faber accedit. num. 7.

Reprobantur. num. 8.

Conuentio, quę aliòqui certa est ex boni viri arbitrio non est interpretanda. num. 9.

Semper ea fit interpretatio, vt actus valeat. num. 10.

Subijcitur Auctoris interpretatio. num. 11.

Difficultas personæ non vitiat obligationem, sed naturæ impossibilitas. num. 12.

Non meretur auxilium, qui sibi necessitatem imponit. num. 13.

Pœna culpam supponit. n. 14.

Æstimatio loco rei non præstatur, si ipsa res in obligatione esse non possit. num. 15.

Alia subijcitur interpretatio. n. 16.

Interdum dicitur si *prò* quià. *num. 17.*

1 SI † purè, & simpliciter contrahatur obligatio ea de re, quæ non nisi temporis spatio fieri, præstariue possit ex tacita contrahentium voluntate dies subintelligitur, intrà quem vel fieri, vel præstari possit *l. interdum 73. in princ. ff. de verb. oblig. §. loca inst. tit. eodem l. si stipulatus l. si insulam ff. eod. tit.*

2 tempus † autem, nec longissimum intelligitur, nec minimum, sed modus adhibendus est ratione temporum, & locorum habita *l. continuus 137. §. qui insulam ff. de verb. oblig.*

Sed quid, si à contrahentibus tempus exprimatur, intrà quod fieri, vel præstari res debeat, illudque tempus, per rerũ naturã non sufficiat ad faciendũ, vel pręstandũ iuxtà exempla in iuribus suprà allegatis proposita, an tempus illud expressum prò non adiecto habebitur, vt illud concedatur intra quod fieri, vel pręstari per rerum naturam res possit: an verò vitiabitur dispositio? Alterutrum enim omninò est necessarium.

Videtur dicendum, dispositionem
3 ipsam vitiari: Nam † in contractibus tempus adiectum expressè, quod inutilem efficit, & impossibilem dispositionem, non detrahitur *l. 2. §. qui ità ff. de eo quod cert. loc. §. loca inst. de verb. oblig. l. quoties ff. de operis libert.* certum enim est in contractibus, siuè stricti Iuris, siuè bonæ fidei conditionem impossibilem non detrahi, sed imò contractus ipsos vitiari *l. non solum ff. de Act. & oblig.*

4 Et † tamen *in l. insulam §. in operis ff. locati.* Cum quidam Insulam faciendam locasset, & dies dicta esset antèquam insula fieri deberet, & si ità factum non esset quanti locatoris interesset, tantam pecuniam dare conductor promisisset. Respondetur eatenus, eam obligationem contrahi, quatenus vir bonus de spatio temporis æstimasset, redditur ea ratio, quia *id actum apparet esse, vt eo spatio absolueretur, sinè quo fieri non possit.* Si ergò ea dies sit expressa, intra quam fieri insula non possit non vitiatur stipulatio, sed ad boni viri arbitrium recurritur, qui congruum tempus ad opus perficiendum assignat nulla ratione habita temporis à contrahentibus expressi.

6 Doctores † nostri communiter huius textus authoritate moti, asserunt in contractibus bonæ fidei tempus, quod impossibilem conditionem redderet, detrahi salua manente dispositione, in quo volunt differentiam constitui inter contractus stricti Iuris, & bonę fidei; Imò in ipsis etiam contractibus bonę fidei differentiam constituunt inter conditiones alias impossibiles, & tempus, quod impossibilem efficit dispositionem; illas detrahi negant, sed contractus vitiare asserunt, tempus verò prò non adiecto esse volunt, vt dispositio sustineatur.

Anto-

7 Antonius † Faber in rationalibus communi Doctorum opinioni, & ipse accedit, & ita rem explicat; nempè eam semper accipiendam interpretationem, vt actus valeat, & nè maligna interpretatione destruatur, si qua arte, vel interpretatione possit sustineri *l. si ità stipulatus 126. §. Chrisogonus ff. de Verb. oblig.* Ergò hæc conuentio præsertim cum agatur de bonæ fidei contractu ità interpretanda est, nè sit inutilis, & impossibilis: Non potest autem non esse inutilis, & impossibilis, nisi intelligamus id sensisse contrahentes, vt eo temporis spatio opus absolueretur, sinè quo fieri non posset: Vt si forte dies sit definita, intrà quam sit impossibile opus perfici, potius per errorem appositam credendum sit, quam consultò, vt actus nullus reddatur, fortè quià existimauerint intrà illud tempus fieri posse. Vndè cum in contractibus bonæ fidei, ex bona fide res æstimetur, non incongruum erit arbitrio boni viri ad opus perficiendum diem constitui.

8 Ego † verò capere non possum qua ratione in contractibus bonę fidei contrà expressam contrahentium conuentionē dies sit detrahenda, cum tàm in contractibus bonę fidei, quàm stricti Iuris ęquè impossibilitas vitiet, quoniam tam in illis, quàm in istis, qui impossibilem addit conditionem, cogitat nihil agere *l. non*
9 *solum ff. de act. & oblig.* Et † verò non debet ex arbitrio boni viri interpretationem accipere ea conuentio, quæ contrahentium verbis, & voluntate certam legem, & conditionem habet *l. vlt. Cod. de contrah. empt. l. si merces 25. ff. locati.* Ponamus itàque opus, quod forte nec per annum absolui poterat, promissum esse infra vnum, vel duos dies perficiendum, quis dicet eam mentem contrahentium fuisse, vt obligari vellent? Potius quilibet iudicabit nihil egisse, nec agere voluisse cum ignorare non potuerint adeò breue temporis spatio impossibile esse opus absolui. Quomodò ergò verum est quod dicitur in dicto textu, & ratio, quę redditur ibi eius decisionis quomodò subsistit? Nempè *quià apparet id actum esse, vt eo temporis spatio absolueretur, sinè quo fieri non possit?* Qua ratione apparet actum esse, vt eo spatio absolueretur sine quo fieri non posset, si expressè illud tempus contrahentes apposuerunt, intrà quod sciuerunt impossibile esse opus perfici, imò vix incohari? Et verò si ratio sustinendi actum, quam reddit Faber, deberet admitti, vtique, & in contractibus stricti Iuris dies, quę reddit impossibilem prestationem, esset detrahenda
10 eadem ratione, quià † & in his ea semper sit interpretatio, vt actus valeat *l. quoties 80. l. eum qui 41. ff. de verb. oblig.*

11 Reiecta † ergò communi hac omniū Doctorum sententia. Ego textum ità intelligo, si dies sit constituta antequam effici deberet, & nisi fiat, conductor promiserit, quanti locatoris interfuit factum esse, ità demum obligationem contrahi, idest tàm locationem consistere, quàm pęnam committi si opus factum non sit, si vir bonus de spatio temporis æstimauerit, idest si arbitrio boni viri opus illud eo spatio perfici potuerit: non vt bonus vir arbitretur, non minimum, nec maximum tempus, sed medium, intrà quod opus perficiatur iuxta *l. continuus §. item qui insulam ff. de verb. oblig.* sed vt arbitretur an fieri aliquo modo potuerit per rerum naturam à diligentissimo, & ditissimo, hoc enim sufficit, vt contrahatur obligatio; licet fortè conductor facere
12 ipse non potuerit. Difficultas † enim hęc personæ esset, non naturę *d. l. continuus*
13 *§. illud* & † sibi imputare deberet conductor qui adeò se arctauit *l. 2. §. si quis tamen ff. si quis caution.* nec enim meretur auxilium, qui necessitatem faciendi sibi imponit *l. si fideicom. 7. §. 1. ff. qui satisd. cog.* Ratio autem huius decisionis illa est, *quià id actum apparet esse, vt eo temporis spatio absolueretur, sine quo fieri non posit*; nempè si quid actū est, sine dubio necesse est, id voluerint contrahentes, vt eo spatio opus absolueretur, sinè quo fieri non posit; aliòqui non solum non valebit locationis contractus, sed nec promissio eius, quod interest, si factum non sit; obligatio enim ad id, quod interest, est pęna non facti, & in eius locum subrogatur, quod factum non est; si autem factū fuit impossibile, pęna quoque prestari non debe-

14 debebit, cum † pœna culpam ſupponat *l. aliud eſt fraus 131. ff. de verb. ſignif. l. fin. §. idem iuris erit ſi cum ff. ad l. Rhod. de Iactu*. Nulla autem culpa eſt eius, qui id non fecit, quod impoſſibile per rerum naturam fuit, ideò nec pœna eius nomine præſtari poteſt *l. ſi homo mortuus 69. ff. de verb. oblig.* Nec etiam poterit in locum non facti ſubrogari obligatio ad intereſſe, niſi obligatio ipſa facti conſiſtat;
15 Sicuti † nec æſtimatio vnquam preſtatur eius rei, cuius commercium non eſt, vel quę ipſa deberi non poteſt *§. non ſolum tuſtit. tit. de leg. iuncto §. ſi res aliena, & §. ſed ſi rem legatarij inſt. tit. eod.*

Itaque ſi eo temporis ſpatio dictum ſit opus perfici, quo per rerum naturam non poſſet, nulla contrahitur obligatio, quià id actum eſt, & actum eſſe oportet, vt eo ſpatio abſolueretur, quo poſſet. Spatium autem tale aſſignatum non eſt, ergò neceſſe eſt, obligationem non contrahi. Ergò ſi ſpatium aſſignatum ſufficiet, valebit contractus, ſin minus, nulla contrahetur obligatio: ratio eſt, quià non poteſt videri actum eſſe, vt pęna debeatur eius rei nomine, quę impoſſibilis fuit: An verò ſpatium aſſignatum ſufficere potuerit, vel non, vir bonus æſtimabit, vt diximus.

16 Vel etiam † textum ità poſſumus interpretari, vt eatenus contrahatur obligatio, quatenus vir bonus de ſpatio temporis ęſtimaſſet; ideſt vt non attenta die à contrahentibus ſtatuta, vir bonus de temporis ſpatio ſtatuat ipſe; idque ea ratione, quià appareat actum eſſe eo ſpatio abſolui opus debere, ſinè quo fieri non poſſit. Vt ſenſus ſit, ea ratione bonum virum de temporis ſpatio æſtimare debere, quia appareat id actum eſſe &c. vt in
17 eo textu dicatur *quià* pro *ſi*, ſicuti aliquãdò dicitur *ſi* prò *quià l. Statius Florus §. fin. ff. de Iure fiſci*. Alioqui ſi non appareret, non poſſet vir bonus ęſtimare, cęterum ſi appareret de mente contrahentium, quis omninò voluiſſent actum valere, non repugnaret ex boni viri arbitrio tempus congruum aſſignari, non attenta die à contrahentibus appoſita, quos erraſſe conſtaret, & in temporis definitione deceptos. Mihi magis prima interpretatio placet. Certè quęlibet melior eſt communi expoſitione, quam falſiſſimam exiſtimo.

Qua ratione procedat, quod reſpondetur in l. Setuo manumiſſo 58. ff. de Cond. indeb. Cap. XXIII.

SVMMARIVM.

Proponitur quaſtio, & deciſio textus. n. 1.
Dubitatur contrà textum. n. 2.
Conditiones impoſſibiles in teſtamentis detrahuntur. n. 3.
Ingenuus fruſtrà manumittitur. n. 4.
Refertur communis ad difficultatem reſolutio. num. 5.
Reprobatur. n. 6.
Conditiones etiam illa detrahuntur, quas Teſtator poſſibiles credidit. n. 7.
Conditiones poteſtatiuę poſt mortem Tęſtatoris implenda. n. 8.
Conditio iam impleta ignorante Teſtatore detrahitur. n. 9.
Cur conditiones impoſſibiles in Teſtamentis detrahantur. n. 10.
Refertur, & reprobatur explicatio Cuiacij. n. 11.
Refertur alia einſdem Cuiacij. n. 12.
Reprobatur. n. 13.
Res iudicata pro veritate habetur. n. 14.
Affertur Authoris expoſitio. n. 15.
Conditio in praſens, vel pręteritum collata, vitiat etiam vltimas volũtates ſi falſa ſit. n. 16.
Conditio in prateritum collata, vel praſens, ſi vera non ſit, eſt impoſſibilis. n. 17.
Cur ergo non detrahitur? refertur expoſitio Doctorum, & reprobatur. n. 18.
Suam ſubijcis Author. n. 19.
Conditio illa, ſi ſolueris, quod debet, ſi nihil debeatur, detrahitur, & cur n. 20.
Aliam ſubijcit ad Text. expoſitionem Author. n. 21. & ſeq.
Conditio, quę conſulto à Teſtatore eſt adiecta, vt vitiet diſpoſitionem, non detrahitur. n. 22.
Statu liber alienatur, vſucapitur, manumittitur cum ſua cauſa. n. 23.
Explicatur l. verbis Ciuilibus ff. de vulg. & pupill. n. 24.
Explicatur l. qui quatuor centum ff. ad l. falcidiam. num. 25.

Relicta tanquam liberto, ingenuo non præstantur. n. 26.
Institutus tanquam filius, si filius non sit, hæres esse non potest. n. 27.

1 QVidam † cum quasi seruum possideret, qui verè ingenuus erat, eumdem Testamento manumisit, & ei fideicommissum dedit sub ea conditione, si ad libertatem ex Testamento perueniret: mortuo Testatore, fideicommissum manumissus accepit citrà iudicium, deindè ingenuus pronunciatus est. Respondetur *in d. l. seruo* indebiti fideicommissi repetitionem esse; erat enim fideicommissum datum sub ea conditione, si manumissus ex testamento ad libertatem perueniret; apparuit autem posteà eum non ex testamento liberum effectum, qui ingenuus fuit, ergò apparuit deficiente conditione indebitum solutum, & sic repetitioni locum esse.

2 Verùm † ad hunc textum dubitant Doctores ex eo quia, cum in Testamentis
3 † receptum fuerit impossibiles cõditiones detrahi, & pro non adiectis haberi *§. impossibilis inst. tit. de hæred. instit. l. 1. l. conditiones ff. de cond. inst. l. obtinuit ff. de cond. & dem. l. reprehendenda C. de inst. & subst.* Videbatur dicendum purè fideicommissum relictum; cum enim impossibile esset eum, qui ingenuus esset, ad libertatem
4 ex testamento peruenire, cum † frustrà ingenuus manumittatur *§. fin. inst. tit. de ingen.* quia manumissio seruitutem supponit *inst. tit. de libert. in princ.* hæc impossibilis conditio erat detrahenda, & sic purè datum fideicommissum, videbatur repeti non posse, quamuis posteà ingenuus fuisset pronunciatus, qui in Testamento fuerat manumissus, & fideicommissum purè (detracta scilicet impossibili conditione) meruerat.

5 Difficultatem † autem ità communiter resoluunt, vt ea conditio in Testamentis detrahatur, quam Testator sciuit impossibilem; secus verò, si possibilem credidit prò vt in casu *d. l. seruo manumisso*; & hanc communem responsionem sequitur etiam Anton. Fab. *in rationalib. ad d. l.*

6 Quā † tamen interpretationem probare ego nõ possũ, vtpote qui video conditiones etiam, quas possibiles credidit Testator, cum tamen impossibiles verè essent,
7 detrahi, & pro non adiectis haberi. Vt † probatur ex *l. quæ sub conditione 3. mortuo ff. de condit. instit. & ex l. Turpia §. 1. ff. de leg. 1.* vbi si quid datum sit sub conditione, si Stichus manumittatur, & Stichus post factum testamentum, viuo Testatore, decesserit, vt manumitti amplius non possit, legatum non debetur, & tamen ignorauit Testator impossibile esse conditionem, cum tempore Testamenti Stichus viueret, & sperare posset, vt iam eo tempore viueret quo esset manumittendus, nempè post mortem ipsius Testa-
8 toris, quo † tempore conditiones omnes potestatiuæ sunt implendæ *l. 2. ff. de cond. & dem.* Quoniam verò decedente seruo incipit conditio impossibilis esse, ea detracta, & vitiata, pura manet dispositio, nempè quià impossibilem conditionem detrahi placuit *l. mulcta §. 1. ff. de cond. & dem.* & eadem ratio est eius, quod respondetur *in l. Stichum 39. §. pen. ff. de statulib.*

9 Confirmatur † *ex l. hac conditio §. fin. ff. de cond. & dem l. si ità scriptum §. si pater ff. de leg. 2.* Si enim Testator ignorans conditionem iam impletam, eam quasi in futurum implẽdam apposuerit, cum iam sit impossibilis, detrahitur, ideò si Testator legauerit sub conditione, *si Nauis ex Asia venerit*, quæ iam venerat; cum Titius ad pubertatem perueniet, qui iam peruenerat; cum nupta erit, quæ iam nupserat; conditione detracta pura manet dispositio. Sanè distinguitur vtrùm Testator sciuerit impletam conditionem, vel non, vt primo casu, si reiterabilis sit conditio, ne inutilis sit Testatoris lusus, rursùs sit implenda, si reiterabilis non sit, quià impossibilis, detrahenda. Secundo verò casu, cum ea interpretatio capi non possit, vt Testator senserit de alio actu, qui verè sensit de primo, qui iam impletus est, indistinctè, cum cõditio sit impossibilis detrahitur, & prò non adiecta, vel pro impleta habetur, vt ità distinguitur *in l. si ità facta ff. de cõd. & dem.* Adiuuatur hęc sentẽtia *ex l. ab omnibus §. 1. versic. Iulianus notat ff. de leg. 1.* Vbi si testator legauerit

uerit creditori suo centum, si tabulas, quibus ei pecuniã expromiserat hęredi reddiderit, si tempore testamenti facti nullę tabulę fuerint, dicitur deberi legatum, & conditionem prò non adiecta haberi. Nec distinguitur, an sciuerit, vel ignorauerit Testator tabulas extare, vel non. Similis textus *in l. cum tale §. falsam ff. de cond. & dem.* Vbi dicitur impossibilis conditio illa, *si soluerit quod debet* si nihil debeatur, æquè verò impossibilis est si Testator sciuerit prò vt si ignorauerit, omnis enim conditio falsa est impossibilis, vt ibi dicitur, & falsa est ęquè, siuè sciuerit, siuè ignorauerit Testator: ergò æquè est detrahenda, quamuis Testator impossibilem ignorauerit. Imò maior est ratio cur detrahatur quandò impossibilem

10 ignorauit. Ratio † enim cur impossibiles conditiones in testamentis detrahantur, & prò non adiectis habeantur ea est, quià prudentum interpretatione receptum est videri eas impossibiles conditiones per errorem Testatoribus excidisse *l. 1. ff. de cond. instit.* Quæ interpretatio, & præsumptio multò magis locum habebit, quandò constabit verè impossibilem Testatorem conditionem, quam apposuit ignorasse; nam si impossibilem sciillet, fortè non apposuisset, imò quandò impossibilem Testator conditionem sciuit eo tamen colore detrahitur, quod ignorauerit, & quasi mendum ei exciderit.

11 Iacobus † Cuiacius *ad Papinianum in explicatione eius l. seruo manumisso ff. de cond. indeb.* videtur respondere eas solas impossibiles conditiones detrahi, quę statim ex ipsa verborum figura, & prima specie impossibiles apparent, veluti si dictum sit, si digito cœlum tetigerit, si mare biberit, & huiusmodi conditiones sint appositæ. Cęterùm ex immediatè antea dictis satis reprobatur Cuiacius, & euidenter erronea est ipsius interpretatio.

12 Paulò † melius videtur ad finem aliam difficultatis solutionem indicare, nempè conditionem illam, *si ex testamento ad libertatem peruenerit* maximè esse possibilẽ, cum fieri potuerit, verè seruum testatoris illum fuisse, ad libertatem verò peruenisse per sordes, vel iudicis errorem. Sed

13 † non plenè videtur hæc resolutio satisfacere, quoniam ex eo, quòd liber postea fuit ille pronunciatus, retrò apparet ser-

14 uum eũ non fuisse, sed ingenuum, quia † res iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata ff. de reg. iur.* Cum itaque nunc post rem iudicatam existimare debeamus manumissum à testatore ingenuũ fuisse, consequenter, & dicere nos oportet impossibilem conditionem fuisse, ideòq; quasi adiecta non esset, non esse attendendam.

15 Ego † itaq; aliquandò dicebam animaduertendum esse eam conditionem seruo manumisso appositam, *si ex testamento ad libertatẽ peruenerit* quãuis in futurum videatur concepta, vt tamẽ ipsa pręsentem esse, & in pręsens collatam. Nã quid aliud est dicere si ex testamento ad libertatem peruenerit, quàm si meus sit? Si enim in dominio ipsius Testatoris sit, omninò futurum est, vt fiat ex testamento liber, ergò ideò apposuit testator eam conditionem, quòd dubitauerit de dominio ipsius serui, & voluerit ei legare, si modò manumissus seruus, eius esset, & consequenter ex testamento ipsius ad libertatem per-

16 ueniret. Itaq; † cum vi ipsa, & ex voluntate testatoris conditio in præsens sit collata, & falsa sit, nec conditio quidem est, sed statim fideicommissum inualidat *l. cum in secundo ff. de iniusto rupto l. 3. §. si patronus vers. si tamen ff. de bonis libert.*

Sed ex hac responsione in aliam incidimus non minorem difficultatem: Nam

17 † conditio in pręteritum, vel in præsens collata, si vera non sit, impossibilis est *l. verũ 31. ff. de reg. iur.* Ergo est detrahen-

18 da & ipsa. Doctores † respondent distinguendo vtrum sciuerit, vel ignorauerit testator conditionem falsam esse, vt si sciuerit, sit detrahenda, si ignorauerit, detrahenda non sit, cum etiam conditio in futurum collata, & impossibilis ex eorum opinione, detrahenda nõ sit, si impossibilem testator ignorauerit. Sed huic responsioni repugnant dicti textus *in l. cum in secundo ff. de iniusto rupto, & l. 3. §. si patronus vers. si tamen ff. de bonis libertor.* in quibus indistinctè dicitur conditionem in preteritum collatam, si falsa sit, vitiare dispositionem: Et quamuis conditionem testator sciuerit falsam, tamẽ illã nõ detrahi pobatur *ex l. fin. §. fin. ff. de bon. poss.*

poss. sec. tab. Neque enim ibi potuit ignorare testator an hęredem scripserit, vel
19 non, cum de facto proprio agatur. Itaq; † respondeo conditiones in pręteritum, vel pręsens collatas, non detrahi, quia potuit testator pro diuerso euentu, velle, vel nolle ita disponere, nec contra ipsius voluntatem dispositio est inducenda. Quòd si testator sciuerit conditionem illam iam defecisse, & falsam esse; tamen, cum non id agat, vt suspendatur sua dispositio, sed statim nihil agere intendat, non potest ea conditio detrahi, quia nec conditio est; ea enim conditio est, quę suspendit dispositionem, & quæ ità apponitur, vt suspendat, quià scilicet in futurum confertur *l. itaque 39. ff. si certum petat.* At conditionem in pręsens, vel in præteritum, quam falsam scit, non apponit testator vt actum suspendat, sed vt statim inualidet; ergo, nec ex voluntate testatoris conditio illa est, ergo non potest detrahi, quia prudentum interpretatione receptum fuit, vt in testamentis impossibiles cõditiones detraherentur *l. 1. ff. de cond. inst.* ex illo verbo *placet l. 3. ff. de cond. & dem.* ex illo verbo *obtinuit.* Idque benigna interpretatione contra Iuris rigorem; ergo hęc regula nõ est producenda *l. 1. §. veteres ff. de acq. poss.* neque ad conditiones in præteritum, vel in pręsens extendenda, quę non apponuntur ad dispositionem in illum euentum suspendendam. Pręterea cessat ratio, & color eius conditionis detrahendę, quæ in pręteritũ, vel præsens collata est: quia, vel defecisse testator ignorauit, & cum ab initio fuerit possibilis, & contingibilis, & tanquam possibilem testator apposuerit, non est detrahenda, quia potuit prudenter testator ex eo, quòd euenerit, vel non, moueri ad disponendum, vel non; itaque non fauor esset testatoris, vt ea detraheretur conditio, sed imò contrà prudentem ipsius voluntatem, ea induceretur dispositio, quam ipse noluit; Vel etiam volumus testatorem sciuisse conditionis illud defectum, & si ponimus scientiam, non poterit eo colore illa conditio detrahi, quòd testator errauerit, ergo nullo casu erit illa detrahenda.

20 Rursus† aduersus nostram responsionẽ pro interpretatione *d. l. seruo manum.* obstat *l. cũ tale §. falsã ff. de cond. & dem.* vbi conditio, quę in pręsens collata est, statim detrahitur; si enim dixerit Testator *lego Titio, si solueris, quod debeo*, si nihil sit debitum, statim cõditio detrahitur; ergo, & si Testator dicat *Sticho si ex testamento liber erit, volo centum dari*, quãuis velimus pręsentem conditionem esse, quasi id senserit Testator, si meus Stichus sit, ea tamen conditio, vt pote falsa, erit detrahenda. Respondeo eam conditionem *si solueris, quod debeo* non esse cõceptam in pręsens, sed in futurum, & ideò, cum ex pręsenti statu reddatur impossibilis, detrahitur, sed ideo detrahitur, quòd in futurum sit cõcepta. Si enim dixisset Testator *lego Titio si debeo*, nullum legatũ esset, sed legauit testator sub conditione concepta in futurum, *si solueris.* Cum verò conditio impossibilis, in futurum concepta detrahatur, detrahitur & ista. Dices detrahenda ergo etiam erit illa, *si ex testamento ad libertatem peruenerit*, nàm, & ea est in futurum concepta. Respondeo, eum, qui dicit *si ex testamento ad libertatem peruenerit*, id sentire, si meus sit, & ex ipsius testatoris voluntate dominium præsens, esse in conditione, vt suprà diximus. At verò is, qui dicit, *si solueris, quod debeo*, debitum non ponit in conditione, imò asserit debitum, duntaxat solutionem in conditione ponit. Is qui dicit, *si ad libertatem peruenerit*, non asserit se dominum serui, sed dubitat sè dominum, & dominium ipsum in conditione ponit; ità vt vi ipsa, conditionem, non in futurum conferat, sed in præsens; qua ratione, cum manumissus in ipsius dominio non sit, & sic falsa sit conditio, statim dispositio corruit.

21 Quòd si hæc non placeret interpretatio (quęcumque ratio esset) licet fortè his, quę obijci possent, responsio non deficeret; tamen secundo loco responderem, conditiones impossibiles, & ineptas in testamentis detrahi, quasi eæ testatori inconsulto exciderint *l. 1. ff. de cond. instit.* ad voluntatem testatoris retinendam, & roborandam, non vt con-
22 tra eiusdem voluntatem fiat. Quòd † si quæ conditio data opera, apposita sit, vt vitiet dispositionem, ita vt consilium testatoris detegatur, nè fiat contra eiusdem

dem

dem voluntatem, conditio detrahenda non est, pro vt contingit *in l. cum heres 4. §. 1. ff. de Statulıber.* vbi, si data sit libertas testamento seruo in id tempus, quo viuere amplius non possit, id est vix viuere possit, vel cum moreretur, inutiliter dicitur libertas dari, & sic tempus illud, quod inutilem reddit libertatem, non detrahitur: ratio autem est, quia detegitur consilium testantis, qui conditionem consultò adiecit, vt libertatem impediret, quod innuitur *in d. l. cum hæres. §. 1. ff. de statulib.* & clarius traditur *in l. fin. ff. de manu. test.* Id enim facit testator, & ità disponit, non tam, quia animum habeat aliquo casu libertatis dādę, quàm ne libertatem aliunde seruus cōsequatur.

23 Res ità procedit. Statuliber † alienatur, vsucapitur, manumittitur cum sua causa, videlicet, vt, existente conditione, Orcinus libertus sit futurus *l. secunda ff. de statuliberis in princ.* Qua ratione fit, vt Dominus interim non adeò facilè præstiturus sit libertatem, cum sciat, existente conditione seruum Orcinum libertū futurum: Hoc consilio, non quidem impossibilem, sed difficilem libertati apponit testator conditionem, vt libertatem impediat; detegitur ergò contraria libertati testatoris voluntas: non potest detrahi conditio, nè fiat contra eius voluntatem, fauore tamen libertatis, nè libertas scilicet impediatur, nec libertas in suspenso est, sed ab initio inutilis iudica-

24 tur. Sic † etiam, si testator filium suum impuberem instituat, & si is intra trigesimum annum decedat, instituat Titium, conditio ista efficit impossibilem, & inutilem institutionem, quia, nec pupillariter potest substitui, nisi infrà 14. annum decedenti, ergò videretur dicendum, ea conditione detracta, Titium hæredem vnà cum filio futurum. Respondetur tamen conditionem nō esse detrahendam *in l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. & pupill.* vt Titius tanquam adiectus admittatur: Et ea redditur ratio, ne contrà voluntatem testatoris fiat, qui interim, idest ante trigesimum annum, voluit filium totum habere.

25 Sic † etiam *in l. qui quatuor centum ff. ad l. Falcid.* Testator, qui habebat quatuor centum in bonis, ter centum legauerat, deinde Titio centum sub ea conditione, si locus Falcidiæ non esset futurus. Dubitabatur an legatum Titio deberetur. Ratio dubitandi ea erat, quòd si legatum ei prçstaretur, iam inciperet Falcidiæ locus esse, itaq; deficiebat conditio, sub qua legatum erat. At verò, si non præstaretur, implebatur conditio, & verum erat Falcidiæ locum non esse. Cum ergo ibi quęreretur quid agendum, & an conditio hæc, quę in effectu legatum vitiabat, esset detrahenda; decisum, & resolutum fuit non detrahendam, ea ratione reddita quòd appareret, testatorem noluisse propter legatum Titij, cęterorum legata minui, vndè magis est deficere conditionem legati Titio facti.

Ità ergò, & in casu nostro dat testator fideicommissum manumisso, si ad libertatem ex testamento peruenerit, idest, si libertus testatoris sit futurus, non aliàs daturus; alio enim animo sunt testatores erga libertos suos, alio ergà extraneos;

26 qua ratione † etiam, circumscripta conditione, si tanquam liberto quid sit datū inter viuos, vel etiam legatum (pro vt tāquam liberto datum esse in casu nostro negari non potest) id omne restitui debet, si ille pronunciatus sit ingenuus, cui tanquam liberto datum, vel legatum est *l. 1. Cod. de ingen. manumiss.* Qui enim dat tanquam liberto, non esset daturus, si

27 libertum non esse sciuisset. Vndè † si quis instituat tanquam filium, quem filiū fallsò existimat, conijcimus non fuisse institurum, si sciuisset filium non esse, & sic cessante filiatione, cessare etiam institutionem. Itaque is, qui tanquam filius institutus fuit, cum non sit, hæreditatem consequi non potest *l. neque C. de test. l. cum pater Cod. de hæred. instit.* Si itaque in casu nostro conditio illa detraheretur, contra voluntatem Testatoris expressè fieret, & contra prudentem, & rationabilem voluntatem; ergo detrahenda conditio non est, sed si pronunciatus sit ille ingenuus, qui in testamento manumissus fuerat, fideicommissum non deberi respondendum est, deficiente conditione, deficiente Testatoris voluntate.

Expli.

Explicatur Textus in l. si Titius 9. ff. de verb. oblig. Cap. XXIV.

SVMMARIVM.

Reponitur facti Species. n.1.
Dubitatur aduersus Textum. n.2.
Conditio illa si Titio non dederis, non intelligitur impleta, nisi cum desijt Titio posse dari. num.3.
Refertur expositio communis Doctorum. n.4.
Reprobatur remissiuè. num.5.
Refertur expositio Petri de Bellapertica. num 6.
Reprehenditur. num.7.
Refertur interpretatio Cuiacij. num.8.
Reijcitur. num.9.
Qui agit antequam dies cedat obligationis, nihil agere dicitur. num.10.
Explicatur l. cum quærebatur ff. iudic. solu. num.11.
Mora potest purgari vsq. ad diem litis contestata. num.12.
Refertur Donelli explanatio ad d. textum. num.13.
Reprobatur. num.14.
Conditio non potest impleri in persona hæredis. num.15.
Subijcitur Authoris sententia. num.16.
Duo rei quando constituantur. num.17. & 20.
Ex duobus reis, qui præoccupat, ille obtinet, alter verò iste à primo contestata excluditur, nec petere, nec solui ei potest. num 18.
Quoties conditio exprimitur, quæ tacitè inest, actus non fit conditionalis. num.19.

EX difficillimis Iuris nostri locis, textus hic est, quem declarare, & interpretari Doctores non potuerunt, quin à Iuris principijs recesserint, & absurda, & inepta dicere coacti fuerint.

1 Casus † eius legis ità communiter ponitur, & benè. Titius stipulatus fuit à Sempronio fundum ita. *Promittis mihi fundum Tusculanum, si Seio non dederis?* Et rursus Seius ab eodem Sempronio ità *Promittis mihi fundum Tusculanum, si Titio non dederis?* Quæritur, si ità separatim stipulati fuerint quomodo quisque eorũ, fundum consequi possit. Respondetur occupantis actionem futuram, finis enim dandi alteri est quoad iudicium accipiatur. Vndè intelligimus posse eorũ quemque statim agere, sed meliorem esse conditionem occupantis: nam, statim lite contestata, apparet non datum alteri, & sic conditionem extitisse, vt cum effectu solus ille, qui fuit litem contestatus, fun-
2 dum consequi possit. Quod † tamen maximè videtur absurdum, cum enim ea, quæ sub conditione in obligationem deducuntur, non nisi impleta conditione, peti possint *l. cedere diem ff. de verb. signif.*
3 neque † ea conditio, *si Titio non dederis*, vel *si Seio non dederis* intelligatur impleta, nisi quando desijt illi, vel illi posse dari, vt probatur *ex l. ità stipulatus* 115. *ff. de Verb. oblig.* non constat, qua ratione ante conditionem impletam, possit quisque ipsorum agere.
4 Glossa, † Bartolus, & communiter Doctores fatentur non esse impletã conditionem, donec alij dari potest, sed tamen asserunt antè impletam conditionẽ agi posse ea ratione, quia lite contestata futurum est, vt conditio impleatur.
5 Hanc † absurdissimam interpretationem benè reprobat Donellus *ad hanc l. sub num* 8. in qua non moror.
6 Petrus † de Bella pertica dicebat ponendum, illos, qui ità stipulati sunt, id egisse, vt essent duo rei credendi, & casu sic posito, quærit vsque ad quod tempus, debitor possit eligere, cui dare velit: Respondet eligere debitorem posse, donec lis fuerit contestata: id enim est proprium duorum reorum. Quam Petri expositionem ita Doctores intelligũt, vt videantur illi stipulati sub conditione, si promissor elegerit, vt constat ex Alexandro *ad d. l. si Titius sub num.* 5.
7 Verùm † hæc expositio difficultatem non tollit, non enim dubitamus quousque possit debitor eligere, sed in eo omnis est difficultas, quòd eorum quisque possit litem contestari, non dum impleta conditione, quam in illis stipulationibus adesse, & Petrus, & alij Doctores fatentur. Vndè meritò Bartolus eumdẽ

Petrum,

Petrum reprehendit, quòd nec duo rei dici possint ibi in casu proposito, cum nullo tempore ambo obligationem, & actionem acquisierint ad idem: sed obligatio, & actio tunc nascatur, cum alter agere occupat, quo tempore alter omnino excluditur, & apparet nunquam obligationem, & actionem acquisiuisse, nec in futurum acquirere posse.

8 Cuiacius † in ea est sententia, vt eodē momento, quo agitur, impleatur conditio, vt dici non possit ante conditionem actum esse, cum enim lis contestatur, certum est dari amplius non posse, & sic rectè agi *argumento l. cum quærebatur ff. iudicatum solui*, vbi in stipulatione iudicatum solui, dicitur re non defensa (quæ clausula in illa stipulatione inest) non statim committi stipulationem, sed ità demum, si ex stipulatione, ipsa lis fuerit contestata, ergo prius agitur ob rem non defensam, quàm verum sit, rem non esse defensam.

9 Subtilis † magis, quàm vera est Cuiacij responsio; Vt enim benè idem Donellus considerat *ad hanc l. num.* 8. non poterit litem contestari, quicumque ipsorum agere volet; non enim ad iudicium procedi potest, nisi prius res sit, quę debeatur, quæ in iudicium posit deduci, nec res in obligationem sub conditione deducta ante debetur, quàm conditio extiterit. Si ergo eorum quis veniet ad iudicentem, & dicet fundum sibi deberi, negabit debitor actionem aliquam competere ei, qui petit, & benè negabit: is

10 enim †, qui antequàm dies obligationis cesit, agit, nihil agere dicitur *l. 1. in fine ff. quando dies legati cedat*. Itaque partes magistratus in eo erunt, vt deneget actiones, & sic debitor iudicium accipere non cogetur, & ità nulla lis contesta-

11 bitur. Neq; obstat *d. l. cum quærebatur*, benè enim idem Donellus respondet, in omnibus obligationibus faciendi, à die moræ succedere obligationem ad inte-

12 resse, & agi posse; sed † tamen posse moram purgari vsque ad litem contestatam, *ex l. si ita stipulatus 14. l. stipulationes non diuiduntur, l. si insulam ff. de verb. oblig.* Itaque re non defensa, statim commissa est stipulatio, sed ideò dicitur non committi ante litem contestatam, quia in effectu non committitur, cum possit promissor antea defensionem suscipere, & moram purgare.

13 Donellus † verò ipse respondet, semper actum interpretandum esse, vt valeat, & efficax sit, & ideo, vt voluerint contrahentes statim agi posse mora facta, & postquàm alteri dare promissor cessauerit, ita vt conditio illa, *si non dederit*, sit intelligenda, si moram in dando fecerit, alioqui si expectandum esset, vt dari alteri amplius non posset; posset promissor decedere, & ità vel neutri dandū esset, cum promissor neutri amplius dare posset, vel hac ratione vtrique: placuit autem non vtrique, sed vni dandum. Cum ergo post moram, possit quis agere ex stipulatione, quia impleta intelligitur conditio, si egerit, & lis fuerit contestata, ex natura contestationis efficietur, vt alteri dare posse desinat debitor, nam antequam lis sit contestata, licèt intelligatur Primo (e. g.) fundum debere, poterit tamen alteri dando, ab ipso liberari, sicuti ante litem contestatam potest debitor, qui pecuniam cępit debere, tan-

14 tum præstando liberari: Sed † neque hæc interpretatio meo iudicio satisfacit; Sunt enim verba præcipuè in stipulationibus maximè attendenda, & strictè accipienda *l. quicquid adstringendę ff. de Verb. oblig.* Cum igitur cuique promissum fuerit, si alteri datum non sit, expectandum erit, donec dari non possit, tūc enim verè erit impleta conditio; & eo magis expectandum, quia fieri potest, vt alteri desinat posse dari, fortè quia alter

15 eorum decedat: eo † enim casu, non rectè datur hęredibus *l. qui heredi ff. de cond. & dem.* & argumento *l. A testatore ff. eodem*, quod & si fieri non posset, & ita impossibilis redderetur, & inutilis stipulatio vtraque, nō tamen benigna interpretatione, esset sustinenda, nam nec benigna interpretatione impossibiles conditiones in contractibus detrahuntur *l. non solum ff. de Act. & oblig.* Præterea omnino nouum illud est, vt possit facto debitoris auferri obligatio creditori acquisita, & vt is, qui Primo (e. gr.) debere cępit, dando Secundo, possit ab eo liberari;

pone

pone enim debitorem fuisse in mora dādi vtrique cōtrahentium, vterque actionem acquireret; ergo dando alteri, non poterit debitor ab altero etiā liberari, quia illud verum non est placuisse dari vni duntaxat; Imò cuiusque causa separata est, & quisque sibi separatim fundum fuit stipulatus sub conditione, quæ extitit, ergo cuique fundus debetur. Nec valet argumentum à rebus diuersis, quæ præstantur interdum altera pro altera: Nam ibi eidem soluitur, & soluendo mora purgatur, & obligatio extinguitur: at non potest vni soluendo, obligatio diuersa extingui, qua debitor alteri tenetur.

26 Ego † itaque verissimam existimo sententiam Petri de Bella pertica, in eo textu agi de duobus reis, sed aliter rem explico. 27 Ponendum † ergo est voluisse duos, rem eamdem vni tantum soluendam stipulari, ità enim duo rei credendi constituuntur *l. 2. ff. de duobus reis, iun-* 28 *cto §. pen. inst. tit. eodem*, De natura † autem obligationis, qua quis duobus reis credendi tenetur, est, vt alteri detur, si alteri prius datum non sit, ita tamen, vt vno agente, & iudicium debitore accipiente, lite scilicet contestata, alteri dare amplius debitor non possit *l. ex duobus reis, l. 2. ff. de duob. reis, iuncta l. si quis stipulatus fuerit decē in melle ff. de solut. l. si reus, l. fideiussor obligari in princ. ff. de fideiuss.* Itaq; tacitè, & ex natura rei inest, vt ità demum alteri ex duobus reis dandum sit, si alteri non sit datum *d. §. pen. inst. tit. de duob. reis*. Ergo, cum id ageretur, vt duo rei essent, apposita ab vnoquoq; stipulante ea conditione *si alteri nō dederit*, ea conditio est adiecta, quæ tacitè, & ex 29 natura actus inerat; At verò † quoties ea conditio exprimitur, quæ tacitè inest, actus non fit conditionalis *l. 3. ff. de leg. 1. l. conditiones extrinsecùs ff. de cond. & dem.* Itaque ab initio orta est obligatio, quasi nulla esset conditio apposita, quę tacitè inerat, & videtur expressa secundum naturam actus *l. 3. C. de fideius.* sicuti contingit *in l. illud ff. de opt. leg.* Si enim testator legauerit illud, aut illud, vtrum elegerit legatarius, quia de natura legati vindicationis erat, vt electio legatario cōpeteret, vt diximus supra *cap. 19.* non intelligitur ex illis verbis conditionale effectum legatum, quasi conditionalis effecta sit electio, quia id est expressum, quod tacitè inerat, alioquin electio fuisset facienda ab ipso legatario, non ab hæredibus ipsius, & sic conditionale fuisset legatum, pro vt erat olim legatum optionis *§. optionis inst. de leg.* & probat Cuiacius *l. 5. ff. de leg. 1.* Ità ergo in casu nostro, dum illi duo rei expresserunt quod tacitè inerat, non fecerunt stipulationem conditionalem, sed statim vtraque pura fuit stipulatio, & statim ad vtriusq; fauorem nata obligatio *argumēto textus in l. si dies §. fin. ff. quando dies leg. ced.* vbi etiam conditio expressè legato adiecta, non facit legatum conditionale ea ratione, quia etiam ea detracta, non aliter legatum consequi potest legatarius, quàm si illa impleatur, Itaque cessat obiectio Bartoli: nam pono statim natam obligationem, & sic vtriusque rei parem esse causam, parem conditionem. Neque obstabit quod in textu dicitur illos separatim fuisse stipulatos, vt indè deduci videatur duos reos non fuisse: Nam 30 † imò, vt duo, aut plures rei constituantur separatim quisque solidum stipulatur post vtriusque, vel omnium stipulationem debitor respondet, vt testatur Iustinianus *inst. de duobus reis in princ.* & quāuis ex interuallo alter fuisset stipulatus, tamen quoties id agitur, vt duo rei constituantur, nihil obest *l. 3. in princ. ff. de duobus reis*. Quomodocumque sit, ponendum est illos fuisse stipulatos eo animo, & eo acto, vt duo rei credendi constituerentur: quo casu quia expresserant eam conditionem, quæ tacitè inerat, stipulatio non est effecta conditionalis, sed quisque ipsorum acquisiuit statim obligationem, & quòd vnus agendo, & litem contestando efficiat, ne alteri solui possit, ex ipsa rei natura est, vt diximus,

Cur

Cur Conditionale sit Legatum in l. si ita 65. §. illa si volet ff. de leg. 1. Cap. XXV.

SVMMARIVM.

Conditiones, quæ extrinsecus veniunt, id est tacitè insunt, non faciunt expressè actum conditionalem. n. 1.
Exempla traduntur. n. 2.
Legatum sub conditione, si legatarius volet, est conditionale. n. 3.
Refertur communis expositio ad l. si ita §. illi si volet ff. de leg. 1. n. 4.
Legatarius etiam ignorans, legati dominium acquirit. n. 5.
Reprobatur communis interpretatio. n. 6.
Legatario legatum repudiante, retrò nunquam res ei acquisita videtur. n. 7.
Heres adeundo quasi contrahit. n. 8.
Qua ratione statim à morte, ad legatum obligatio acquiratur legatario. n. 9.
Author textum exponit, & rationem reddit decisionis. n. 10.
Etiam legatarij heredes possunt legatum, cuius dies viuente legatario cessit, agnoscere, vel repudiare. n. 11.
Cur sit conditionalis institutio, si suus instituatur sub conditione, si voluerit, non sit autem conditionalis, si eodem modo extraneus instituatur. n. 12.

1 Dicebam † in præcedenti capite con-
ditiones, quæ tacitè insunt, non
facere legatum conditionale *l. 3.*
ff. de leg. 1. eædem extrinsecus aduenire
dicuntur, *l. conditiones extrinsecus ff. de
cond. & dem.* tacitè insunt ex natura sci-
licet rei, extrinsecus venire dicuntur,
quia non ex testamento, non ex volun-
tate testatoris, quæ in testamento totum
facit *l. ex facto §. rerum ff. de hered. instit.*
illæ veniunt, sed aliundè videlicet, vel
ex natura rei, vel à lege ita disponente;
2 exemplum est † *in d. l. 3. ff. de leg. 1.* si te-
stator leget alicui sub conditione *si here-
ditas fuerit adita*; nam quoniam nihil
potest deberi ex testamento, non adita
hæreditate, nihil enim valet *l. si nemo*
ff. de testam. tut. & si hæc conditio non
esset expressa, inesset, igitur expres-
sa, nihil operatur: magis enim creditur
testator ostendere voluisse quando de-
beretur legatum, quàm conditionem ef-
ficere *l. in conditionibus §. 1. ff. de cond. &
dem.* sicuti etiam *in l. muto §. 1. ff. de tut.*
quoniam tutores, lege non aliter admit-
tuntur, quam si satisdederint *toto tit. C.
de tut. vel cur. qui nõ satisd.* dicitur adie-
ctam illam conditionem à Prætore, vel
præside tutorem dante *si satis dederit*,
non haberi pro conditione: magis enim
admonitionem habet, non permitten-
dum scilicet tutori tutelam gerere, nisi
satis dederit; Sic etiam si testator leget
fructus nascituros, vel si nascentur lega-
tum non est conditionale, sed statim
dies eius cedit à morte testatoris; ita vt
legatarius ad hæredes suos, id legatum
transmittat *l. cum illud, aut illud §. fin. ff.
quando dies leg. ced.* ratio est, quia non
possunt quidem fructus deberi, nisi na-
scantur: qua ratione *in l. 1. §. fin. ff. de cond.
& dem.* dicitur conditio in eo legato ines-
se, ità vt præsens legatũ hoc dici nõ possit
d. l. 1. in princ. sed tamen non sequitur es-
se conditionale, nam hæc conditio à te-
statore expressa *si nascantur* non ideò est
attendenda, quòd eam testator expres-
serit, sed quia, si non nascantur, res ipsa
legata deficit, & idem esset, si eam con-
ditionem testator non expressisset: Le-
gatum illud præsens non est, quia mora
suspenditur, & euentu, sed suspensio
ex re est, non ex testatoris voluntate,
conditio ergo extrinsecus venit: Itaque
expressa à testatore, non facit dispositio-
nem conditionalem *d. l. conditiones ex-
trinsecus ff. de cond. & dem.*

3 Sed valdè † his repugnare videtur *l.
si ita legatum §. illi si volet. ff. de leg. 1.*
si enim testator alicui legauerit sub ea
conditione *si volet* dicitur legatum con-
ditionale, & non aliter ad legatarij here-
des transmitti, quàm si legatarius volue-
rit, & tamen tacitè inest validitati lega-
ti hæc conditio: non enim potest aliter
legatum valere, & effectum sortiri, ni-
si si legatarius voluerit acquirere, & il-
lud agnoscere. Sicuti nec potest lega-
tum valere, nisi hæreditas sit adita; Sicuti

ergo datum legatum sub conditione, *si hæreditas adeatur* non est conditionale, ità neque erit conditionale istud, *si legatarius volet*.

4 Communis † est responsio, quam etiam sequitur Iacobus Cuiacius *in l. 3. ff. de leg. 1.* eam conditionem *si legatarius volet* non inesse simpliciter, sed secundùm quid: non enim simpliciter, si vult dominium legati, acquirit legatarius: sed

5 imò, & ignorans *l. si à furioso ff. de Act. & oblig. l. cum pater §. surdo ff. de leg. 2. l. filiusfam. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* ergo quando testator eam conditionem adijcit *si volet* non eam exprimit, pro vt inest, sed vult non aliter acquiri legatum legatario, quàm si ipse velit, cum, ea conditione circumscripta, etiam sine voluntate ipsius legatarij, eidem acquireretur; Voluntas ergo ad acquirendum legatum irreuocabiliter requiritur, & tacitè inest: at expressa à testatore operatur, ne acquiratur etiam reuocabiliter, nisi ipse legatarius velit; voluntas legatarij inest tacitè acquisitioni: at vero à testatore expressa, apponitur non acquisitioni, sed validitati legati.

6 Mihi † responsio ista non probatur, nam qua ratione hæreditatis aditio inest validitati legati, eadem inest voluntas legatarij, quamuis enim etiam sine voluntate legatario acquiratur legatum, tamen ea acquisitio omninò pendet ex voluntate legatarij, qua cessante, omninò inutilis est futura: imò neque vnquam facta

7 censebitur, si enim † legatarius repudiet retrò nunquàm in ipsius dominio res fuisse videbitur *l. seruum filij §. 1. ff. de leg. 1. l. si tibi homo §. cum Seruus ff. eodem.* Prętereà hęc ratio conueniret duntaxat legato vindicationis, per quod dominium trãsferebatur, secus in legato damnationis, & ità restringeretur decisio illius textus ad legatum vindicationis, quod non videtur dicendum, vt ratiocinatur Iason *ad illum §.*

Accedit, legatum, etiam ante aditam hæreditatem, validum esse, & statim à morte testatoris acquiri, vndè est, quòd interim legatarius, illud transmittit ad hæredes, ergo si bona esset ratio illa in eo legato, dato sub ea conditione *si volet legatarius*, ideò scilicet conditionem ea verba *si volet* importare, quia alioquin etiam sinè voluntate legatarij acquireretur, dicendum pariter esset, eam cõditionem expressam *si heres adierit* legatum efficere conditionale, cum, & sine aditione, idest ante aditam hęreditatem, legatum acquiratur legatario; sed sic est quòd illa conditio *si hæres adierit* non facit legatum conditionale *d. l. 3. ff. de leg. 1.* ergò nec legatum conditionale efficiet illa *si volet*. Legatum verò acquiri legatario etiam ante aditam hæreditatem, est certissimum, non quidem, vt dominium acquiratur, sed vt acquiratur obligatio, quod Iason capere non potuit *ad dictam l. si ità §. illi si volet ff. de leg. 1. in fine* cum non viderit personam, quæ potuerit obligari ante aditam hęreditatem, sed duntaxat quando adiretur hęreditas,

8 tunc enim hęres quasi contrahendo obligatur *§ heres instit. tit. de oblig. quę quasi ex contractu*.

9 Cęterum † ante aditam hæreditatem, & statim à morte testatoris legatario acquiritur obligatio, nam à morte testatoris dies legati cedit, si scilicet purum sit legatũ *l. 5. in princ. ff. quando dies leg. ced.* idest obligatio acquiritur, cedere enim diem, nihil aliud est, quàm incipere deberi *l. cedere diem ff. de verb. signif.* & licet adhuc hæres nullus sit, adest tamen persona, quę obligetur nempè hęreditas. Hęreditas persona ficta est *l. hæreditas ff. de acq. rer. dom.* hæc ipsa est, quæ obligatur legatario, vt probatur *ex l. cum legato in princ. ff. quando dies legati ced.* in illis verbis *non in eiusdem persona, & emolumentum legati, & obligatio Iuris concurrerent.* Imò non alia ratione hęres ipse legato obligatur, quàm quia hæreditas, quę transfundit quęcumque in se habet in hęredem *l. 1. §. Scęuola ff. si quis test. lib. esse iussus fuer.* hanc etiam obligationem in hęredem trãsmittit *l. siuè à certis ff. de duob. reis.* Sicuti ergò statim à morte testatoris testamentum vires accipit, ità, & statim ex testamento nascitur obligatio, neque expectatur hæreditatis aditio; Nam testamentum ex aditione hæreditatis non accipit vires, sed statim valet, aditio hęreditatis requiritur, non vt testamen-

tum

tum valeat, sed ne hæreditate non adita, testamentum, quod antea valebat, infirmetur; Vnde est, quod dicitur *in l. si nemo 18. ff. de reg. Iuris* nemine hæreditatem adeunte, omnem vim testamenti solui; soluitur ergò testamẽtum, & infirmatur, non adita hęreditate, quod antea valebat; soluuntur etiam, & infirmãtur ea omnia, quæ erant in testamento disposita, pro vt de exhęredatione dicitur *in l. filiũ què §. sed cum exhęredatio ff. de bon. poss. cont. tab.* Itaque non adita hæreditate, soluitur etiam, & extinguitur obligatio inducta ad fauorem legatarij; sed si soluitur, & extinguitur, necesse est antea natam esse. Quod si anteà nascitur obligatio ad fauorem legatarij, consequenter supra dictis dicendum esset, eam conditionem, *si hæreditas sit adita*, non simpliciter inesse legato; cum legatum debeatur etiam ante aditam, & sic à testatore expressam, legatum facere conditionale. Cæterùm, quia ea obligatio inutilis omninò redditur, nisi hæreditas adeatur, rectè dicitur conditionem illam, *si hæreditas sit adita* tacitè inesse, & ideò non reddere dispositionem conditionalem. Sic etiam eadem ratione conditio illa *si legatarius volet*, tacitè dicetur inesse, quia si ipse noluerit, omnis cessio, omnis acquisitio corruit, & inutilis redditur, & non aliter potest effectum habere legatum, quam si legatarius velit, & legatum agnoscat.

10 Ego † itaque textum ità interpretor, vt ideo ea conditio *si volet* faciat legatum conditionale, quia non ità exprimitur pro vt inest, & in hoc cum Doctoribus nostris conuenio; Rationem autem, cur non ita insit, hanc ego reddo, quia non inest ex natura legati, vt legatarius ipse velit, sed possunt velle etiam legatarij

11 hæredes, nam † si viuo legatario dies legati cesserit, ipse ad suos hęredes legatum transmittit, qui illud agnoscere, vel repudiare possunt *l. si fundum §. si Titius ff. de leg. 1.* Ergo dum testator apponit eam conditionem *si legatarius volet, illi si volet lego* non ità exprimit, vt inest, sed requirit ad validitatem legati, vt ipse idem velit, cui legatum dat, & sic efficit, conditionem, quæ alioqui rei inest (idest voluntatem, quæ requiritur ad hoc, vt legatum acquiratur) personæ cohærere legatarij, vt ad validitatem legati, non iam sufficiat quemlibet, ad quem legatum transeat, velle, sed requiratur velle ipsum legatarium; & hoc est, quod apertissimè respondetur *in l. si ità expressum ff. de cõd. & dem.* licèt DD. non animaduerterint.

12 Ex his facillimè reddi potest ratio, cur si extraneus instituatur sub conditione *si voluerit*, non sit conditionalis institutio: sit verò conditionalis, si instituatur suus *l. verba hac ff. de cond. inst. l. iam dubitari ff. de hered. inst. l. Cornelius ff. eod.* Nam extraneus, voluntarius est hęres, & hęreditatem non aliter acquirit, quàm si velit hęres esse, ergò conditio illa *si voluerit* frustrà exprimitur, quià tacitè inest. At verò suus hæres existit ignorans, & inuitus *§. sui autem inst. de hęred. quę ab intest. §. suì autem de hęred. qualit. & diff.* ergò non frustrà additur conditio illa *si voluerit*, quæ tacitè non inest, imo ex ea fit institutio conditionalis.

De Sententia, & ratione l. cui fundus 36. ff. de Cond. & demonstr. Cap. XXVI.

SVMMARIVM.

Proponitur casus, & decisio l. cui fũdus. n. 1.

Proponuntur aduersus eum textum difficultates. n. 2.

Resoluuntur. n. 3. & seq.

Testator confert executionem eorum, quę disponit post mortem suam, executio verò a lege fit. num. 4.

Coniunctio efficit, vt plures loco vnius habeantur. num. 5.

Conditio non datur, sed adscribitur. n. 6.

Conditio dandi correspectiua ad emolumentum pro rata emolumenti diuiditur. n. 7.

Contractus ab initio vires accipiunt. n. 8.

In contractibus enumeratione personarum statim partes fiunt. n. 9.

Ad secundam dubitationem refertur responsio Doctorum. n. 10.

Reprehenditur. n. 11.

Refertur Belloni responsio. n. 12.

Reprobatur. n. 13.

Resoluitur ab Authore dubitatio. n. 14.

Dubitatur aduersus hanc resolutionem n. 15.
Dubitationes tolluntur. n. 16.

1 Agitur *in hac l.* de conditione, quę in dando consistit, scindenda vel nó: Et hęc habetur distinctio: nam si fundus vni legetur sub conditione *decem dandi*, is non potest pro parte conditionem implere, sed ei in solidum parere oportet. Quòd si pluribus relinquatur fundus sub eadem conditione, dicitur ab initio ex testamento intelligi conditionē diuisam enumeratione illa plurium personarum: Si autem vni legetur ab initio, apposita eadem conditione *decem dandi*, indiuisibilis conditio est, nec ex eo diuidi potest, quòd ex accidenti legatum ad plures peruenerit; imo omnis numerus eorum, qui in locum eius substituuntur, pro singulari persona est habendus.

2 Tres† pręcipuè hìc occurrunt difficultates. Prima est quoniam re pluribus legata à testatore, certum est ab initio partes non fieri, sed concursu, & si illi omnes veniant ad legatum, vt probatur *ex Vlp. tit. 24. de legatis §. si duobus, & ex Gaio instit. lib. 2. tit. 5. de legatis, probatur ex l. coniunctim ff. de leg. 3. §. si eadem instit. tit. de leg.* Et hac ratione iuri accrescendi locus est inter plures, quibus res eadem est legata *l. idem Neratius in princ. ff. de vsufruct. accr.* Si itaque fundo pluribus legato sub conditione *decem dandi*, ab initio, & ex testamento partes non fiunt, sed cuiq; totus fundus videtur legatus, dicendum etiam videtur, conditionem ex ipso testamento esse indiuiduam, cum nulla differentiæ ratio possit assignari; Imò sicuti, vt legatum legatarius consequatur, debet conditionem implere, ita, quia ex voluntate testatoris totum legatum consequi debet, cum totum legatum cuique videatur, conditionem in solidum debet implere.

Secunda dubitatio est circa illud, quod dicitur, conditionem vni appositam, dum scilicet vni sub conditione *decem dandi* legatur, indiuisibilem esse, adeò vt quamuis ad plures legatum peruenerit ex accidenti, non tamen ideò scindi possit, quia numerus omnis eorum, qui in eius locum substituuntur pro singulari persona habendus est. Dubitatur (inquam) quia videtur contingere nō posse, vt legatum vni, si ipse conditioni non paruerit, possit ad plures peruenire, qui ipsi conditionem possint implere: Nam legatum conditionale, certum est, conditione non impleta, non transmitti *l. 5 ff. quando dies leg. ced.* & pręterea conditio vni apposita, non potest, nec per hæredes impleri, multò minus per alios quosuis *l. à t. statore ff. de cōd. & dem.*, ergo inepta est decisio eius casus, qui contingere non potest.

Tertia desumitur *ex l. qui heredi 44. §. si duorum ff. de cond. & dem.* vbi quamuis ab vno, ad plures legatum transeat, conditio tamen diuiditur, & ideo si duorum seruo fit legatum, respondetur posse per partes conditioni pareri: ergò falsum, quod dicitur, eos, qui in vnius locum substituuntur, pro singulari persona æstimandos, vt conditionem diuidere non possint non magis, quàm ille vnus diuidere posset.

Videamus quid ad istas difficultates responderi possit, & qua ratione procedat textus nostri decisio.

3 Quantum pertinet † ad primam, ego apud Doctores resolutionem non inuenio, nec rationes differentiæ inter legatum, & conditionem. Hanc tamē adferri posse existimo; testatorem, dum legat pluribus rem eamdem, ipsum legatum nō

4 transferre, confert † enim executionem post mortem suam *l. 1. ff. de testam.* quæ executio à lege fit *l. lege obuenire ff. de verb signif.* quę sola post mortem testatoris, eiusdem voluntatem exequitur, & legatum his defert, in illosque transfert, qui eo tempore capaces reperiūtur: Nulla ergo necessitas faciendi partes ab initio, cum imo repugnet voluntati testato-

5 ris, eas fieri, qui † dum pluribus legat coniunctim, videtur eos in vnum corpus redigere, ita vt omnes vnius vice fungātur, & pro vno habeantur *l. planè § si coniunctim ff. de leg. 1. l. vnica § his ità definitis versf. hoc ità tā variè C. de Cad. toll.* Post mortem testatoris pluribus ad rem eamdem concurrentibus, iam necessitas cogit partes fieri; itaque lex, cui executionem testator commisit, partes facit, in hisque faciendis quantum potest sequitur

tur testatoris voluntatem, rem totã his, qui supersunt assignando, aliorumque deficientium partes iure accrescendi tribuendo. *§. si eadem instit. tit. de leg.* At verò conditionem solus testator apponit, ex cuius voluntate omninò pendet, & circa illam lex nihil operatur, nisi in eo, vt velit eam impleri secundum testatoris voluntatem; Acquisitio rerum hæreditariarum legis potestate fit: ea, quę à testatore dantur, legis potestate distri-
6 buuntur: at † conditio non datur, sed adscribitur *l. 3. §. conditio ff. de adim. leg.* Itaque statim, & ab initio testamenti videndum est, quę voluntas testatoris sit circa conditionem pluribus vna re legata adscriptam, an voluerit, eam in solidum à quocumque illorum impleri, an ab vnoquoque pro parte: & sanè sicut necessitas efficit post mortem testatoris pluribus concurrentibus à lege legatum scindi; Ità, & cum ab initio testatoris voluntas sit exploranda, eadem necessitas efficiet, vt quia videt testator pluribus vna re data, futurum, vt partes fiant,
7 censeatur etiam velle † conditionem illam *dandi* quę est correspectiua ad legatum, & emolumentum, & intuitu emolumenti tanquàm onus à testatore apponitur *l. qui hæredi §. si pars ff. de cond. & dem. l. ei, qui non amplius ff. de mort. caus. donat. l. vnica §. pro secundo §. nè autem C. de cad. toll.* inter ipsos diuidi, & ab initio scindi: In conditione testator nihil expectat à lege faciendum: lex conditionem ipsa non diuidit, attendit duntaxat testatoris voluntatem, ergo videndum, quid testator ab initio senserit; Cum itaque ab initio plures sint personę, enumeratione earum conditio scinditur, quasi ad conditionem plures concurrant: Sic etiã
8 in contractibus, quia † statim, & ab initio vires accipiunt *l. vsusfructus ff. de stipul. seru.* enumeratione † plurium perso-
9 narum, statim partes fiunt. *l. reos §. cum tabulis ff. de duobus reis.* Inde si quis sibi, & Titio fuerit stipulatus, statim pro parte Titij inutilis est stipulatio *l. si mihi, & Titio 110. in princ. ff. de verb. oblig.* In legato non ita est: legatum designat testator, lex ipsa transfert; si fieri posset, vellet testator rem legatam solidam cuique acquiri; nulla, tempore testamenti, necessitas est, rem illam diuidendi, ergo ex eius etiam testatoris voluntate in id tempus diuisio differtur, quo legatum erit à lege transferendum.

Ergo pluribus dandi conditione apposita; quibus vna, & eadem res sit legata ab initio conditio scinditur enumeratione personarum, & quisque pro sua parte conditionem implere tenetur; ita vt quãuis aliqui ex legatarijs defecerint, non tamen cogantur, qui supersunt, in solidum conditionem implere, sed quisque pro sua parte possit, & partem rei legatæ consequi debeat; sanè, qui supersunt, si rem solidam consequi velint, conditionem etiam in solidũ implere oportet *l. si quis legata §. fin. ff. de cond. & dem.* sed si quis sua parte contentus esset, & portionem, vel portiones ex aliorum defectu accrescentes respueret, pro vt potest *l. vnica §. vbi autem legatarij. C. de cad. toll.* posset conditionem pro parte implendo, pro vt ab initio ei imposita fuit, pro eadem parte legatum consequi.

10 Ad secundam † dubitationem respondent communiter Doctores, & ingeniosè, supponendos terminos habiles: Intendit enim ibi Iuris Cons. docere eo casu, quo ad hæredes legatum transmittitur, non posse conditionem, quæ semel fuit indiuisibilis ex eo, quòd legatum ad plures perueniat, diuidi: Accidit verò interdum, legatum etiam conditionale ad hæredes transmitti, nempe si legatarius, hęredi, quod conditionis implendæ causa dare damnatus est, obtulerit, & hæres accipere recusauerit, habetur enim ex eo conditio pro impleta *l. iure Ciuili ff. de cond. & dem.* ideò legatum ad hæredes, legatarius transmittit. Planè adhuc conditio implenda est (vel vt melius loquar) adhuc pecunia soluenda est *argumento l. sed si postea ff. de recept. arbit. l. debitor vsurarius ff. de Vsuris, l. qui decem in princ. à contrario sensu ff. de solut.* licèt enim in casu nostro hæres, qui accipere recusauit eam pecuniam, petere non possit, potest tamen legatum retinere, nisi secundum testatoris voluntatem pecunia soluatur: Ergo hoc casu, quo pecunia ab hæredibus legatarij soluenda est, non

potest

potest solutio per partes fieri, quia conditio, quæ semel fuit indiuisibilis, scindi ex accidenti non potest. Rationem autem, cur hæredes non scindant conditionem, cum legatum inter ipsos diuidatur, reddit Bartolus *in d.l.cui fundus n.4. ff. de cond.& dem.* quoniam conditio non est quid hæreditarium, nec in obligatione est, ergò scindi non potest, quia quę hereditaria tantum sunt ex legibus 12.
11 tabularum scinduntur. Hanc † interpretationem reijcere conatur Bellonus *de iure accresc. cap.6. quæst.28. num.46. & seq.* cuius tamen argumenta nescio an satis vrgeant; Ego vnum addo, nempè ipso iure conditionem impletam ex eo, quòd legatarius pecuniam obtulerit, & hęres accipere recusauerit, & hac ratione legatarius ad hæredes suos legatum transmittit, vt volunt Doctores; ergò quasi purum hoc legatum fit, cum sit hæreditarium, scinditur à lege inter legatarij hæredes. Igitur eorum quisque rectè pro sua parte aduersùm hæredem aget testatoris, qui non poterit per exceptionem repellere agentem, nisi totam pecuniam soluat, sed ità demum, nisi partem pecuniæ soluat, nam qui pro parte agit, & rectè agit, dolo non facit, si pro parte, quam solum consequitur, partem etiam pecuniæ, quæ ex testatoris dispositione danda fuit, offerat, ergò non potest exceptione repelli, quamuis totam pecuniam non soluat; imò iniquum esset ab eo totam pecuniam peti, qui partem tantum legati consequitur; exceptiones verò omnes ex æquitate dantur. *inst. tit. de except. in princ. & §.§. sequ.* nec niti potest testatoris hæres eiusdem voluntate, qui indiuisibilem conditionē esse voluit, nam cum conditio semel sit impleta, satisfactum est voluntati testatoris, & sola superest æquitas illa, quæ exceptionem, & retentionem tribuit hęredi, nè plus ex legato consequantur legatarij hæredes, quàm testator voluerit. Et cum lex legatum diuiserit inter legatarij hæredes quasi purum, eisque ad partes actionem dederit, necesse est, conditionem quoque inter ipsos diuidi.
12 Ipse Bellonus † *d.q.28. num.55. & sequ.* secutus opinionem Iacobi de Aren. quē refert Bart. *in d. l. cui fundus* existimat textum illum procedere eo casu si res primùm vni legata fuerit sub conditione *si decem dederit*, si enim illi plures fuerint à testatore substituti, & res ex accidenti, idest (vt ipse Bellonus interpretatur) ex morte primi legatarij (addo ego) vel ex repudiatione, vel quia conditionem implere noluerit ad substitutos peruenerit, non possunt substituti conditionem scindere quia plures illi in locum vnius subrogantur, & sicuti ille vnus conditionem scindere non poterat, ità nec isti substituti, qui in locum eius succedunt. Iacob. de Aren. addebat aliud exemplum, nempè si res legata peruenisset ad coniunctos.
13 Mihi † longè minus placet hæc Belloni expositio, quàm communis doctorum interpretatio, Nam si testator vni primū det legatum, & ei plures substituat: substituti non dicentur ex accidenti succedere, imo succedunt ex testatoris voluntate, non enim, quia primus legatarius moritur, vel conditionem non implet, vel repudiat, illi admittuntur, sed ex testatoris voluntate in illis casibus vocantur. Prçterea licet substituti in defectū primi legatarij vocentur, non tamen cū ijsdem conditionibus vocātur, nam imò conditio instituto apposita, non censetur substituto adiecta *l. sub. conditione 73. ff. de hered. inst.* legata ab institutis relicta ante Imperatoris rescriptum, non censebantur à substituto repetita *l. licet ff. de leg.1.* Vndè miles legata à substituto repetere non videtur, quia ipse eo rescripto non ligatur, vt diximus supra *cap.13. in fin.* Ergò qua ratione pluribus primùm vocatis ad legatum sub conditione *dandi*, conditio ex voluntate testatoris scinditur, eadem ratione scinderetur, si in defectum primi legatarij, testator secundo loco pluribus eamdem rem leget, & cum eadem omninò sit ratio in substitutis, quæ in primis legatarijs viget, non video, cur eadem esse non debeat dispositio. Sanè aliud exemplum, quod adferebat Iacob. de Aren. est omninò ineptū; si enim testator legauerit rem vni, vt Iuris Conf. proponit, quomodo contingere poterit, vt ea res perueniat ad coniunctos

ctos: nulli possunt esse coniuncti vbi vni soli res legata proponitur: quod si velimus rem vni legatam, & disiunctim alteri etiam, quo casu, re tantùm coniuncti isti erunt, non erit locus quæstioni, an primo deficiente secundus possit conditionem scindere, nam secundus iure proprio, non iure accrescendi, rem totam, totum legatum accipit: ideò non potest tractari de conditione implenda, onus enim conditionis primo appositum, ad ipsum secundum non transit *l. vnica, §. sin verò non omnes C. de cad. toll.*

14 Itaque † meo iudicio ita textus explicandus, vt exemplum adferamus: Si fortè seruo Titij testator legasset, qui Titius decesserit, & plures reliquerit hæredes, nam cum ab initio indiuisibilis fuerit côditio, quia vni relictum est, & seruo vnius, quamuis ad plures ex accidenti, quia scilicet primus dominus mortuus eit, peruenerit, tamen scindi conditio non potest: Simile esset exemplum, si vnius seruo esset legatum, qui seruum viuente testatore, vel etiam mortuo in plures dominos alienasset, nam plures illi domini non possent pro parte conditionem implendo, partem rei legatæ cōsequi. Addi etiam, & aliud exemplum posset, si testator legasset homini libero, qui postea plurium esset effectus seruus, fortè quòd venundari pluribus passus esset, hoc enim casu legatum non corruit, sed transit ad dominum, vel dominos. *l. si paterfamilias ff. de hered. inst.* sicuti, & alia omnia bona, quæ liber habuit in nouum dominū transeunt *l. 2. ff. de fund. dotal.* ergo hoc casu, noui illi domini nō poterunt conditionem scindere: ratio autem est, quia conditio illa, *si decem dederit*, si verba attendamus, est indiuisibilis: neque enim verum est decem data, si forte data sint quinque, sed ità demum si decem sint data: Si verò testatoris mentem inspiciamus, cum ille vni ab initio legauerit, indiuisibilem, & ipse voluit conditionem esse; ergò si ex accidenti ad plures legatum transeat, vel (vt melius loquar) in ea causa sit, vt transire possit (neque enim dici potest legatum conditionale ante impletam conditionē ad alios transire, cum nondum debeatur, & ideo prudentissimè Iuris Cons. *in d. l. cui fundus* hoc duntaxat dicit scindi ex accidenti conditionem non posse, & numerum omnem eorum, qui in locum legatarij subrogantur, & substituuntur pro singulari persona habendum esse) si (inquam) vni sit legatum, & ex accidenti in locum illius legatarij, plures sint substituti, conditio, quæ ab initio ex voluntate testatoris fuit indiuisibilis, non poterit scindi: sicuti enim legatarius scindere non poterat, nec poterunt isti in locum eius subrogati.

15 Duo † sunt, quæ adhuc obijci possunt aduersus decisionem *d. l. cui fundus* nam quamuis ex accidenti in locum vnius, plures subrogentur, tamen negari non potest, iuris potestate, legatū inter ipsos scindendum: ergo, & scindi debebit conditio: ratio enim, cur conditio sit indiuisibilis, ea est, quia legatum scindi non potest. Si ergò cesset hæc ratio, & res in eum casum perueniat, vt legatum scindi possit, scindi etiam poterit conditio; Nemo negabit legatum scindi inter plures dominos iuxta exempla supra allata, ergò concedi oportebit etiam conditionem scindi posse: rationem autem, cur conditio scindi non possit, eam esse, nè legatum scindatur, probat expresse textus *in l. qui duobus 23. ff. de cond. & dem.*

Secundo loco obijci potest onus minuendum, quoties legatum minuitur *l. Plautius, l. qui hæredi §. si pars ff. de cond. & dem, l. ei qui non amplius ff. de mort. caus. donat.* In nostro casu legatum minuitur, quia quisque in locum vnius substitutorum, partem capit; ergò, & minui debet onus, & sic conditio decem dandi scindi debet.

16 Respondeo † tamen ad primum, diuisibilitatem conditionis non pendere ex diuisibilitate legati; sed ex voluntate testatoris, & indiuisibile legatum esse, & indiuisibilem esse conditionem *In d. l. qui duobus* Iuris Cons. vult probare scindi conditionem non posse, eo vtitur argumento, quia si scinderetur conditio, & pro parte eam liceret implere, sequeretur pro parte legatum deberi, & pro parte peti posse, quod est absurdum, quia lega-

legatum pro parte acceptari, pro parte respui non potest; ergò absurdum etiam est, dicere conditionem diuidi posse. Argumentum rectè procedit, sed non ex hoc sequitur è conuerso, scinditur legatum, ergò, & scindi potest conditio, nam causa diuisibilitatis conditionis, non pendet ex diuisibilitate legati, vt diximus, sed ex voluntate testatoris: Addi potest responsio ad sequens argumentum. Ad Secundum itaque respondeo, non posse quæri de legati diminutione, & diuisibilitate antequam conditio sit impleta, neque enim antea legatum conditionale deberi potest, quàm conditio sit impleta; Cum ergò priùs conditio sit implenda, quàm legatum acquiratur, non potest ex ea ratione, quòd minuatur legatum, diuidi conditio; planè verum est, totum legatum pluribus illis deberi, ergò, & tota conditio erit implenda, & tota pecunia soluenda: sicuti autem inter plures illos legatum erit diuidendum, ità & onus conditionis; sed quantùm pertinet ad hæredem, vel alium, qui pecuniam conditionis implendæ causa capere iussus est, totam pecuniam, non partes accipere debebit, vt impleta intelligatur conditio: cum enim testator ab initio ita reliquerit legatum, vt re in eodem statu manente, esset indiuisibile, quia legauit vni, voluit etiam indiuisibilem conditionem esse: itaque ex accidenti, ea diuidi, & scindi non poterit.

Ad Tertiam principalem dubitationẽ benè communiter respondent Doctores *in d.l. qui hæredi §. si duorum ff. de cond. & dem.* legatum esse ab initio seruo duorũ, qui scilicet seruus tẽpore facti testamẽti, duorũ erat dominorũ, & qua ratione testator, qui duobus, vel pluribus rem eamdem legat sub conditione dandi, intelligitur conditionem diuidere, eadem ratione intelligitur etiam diuidere conditionem inter illos duos dominos, quia videt inter eosdem diuidendum legatum, quod licèt seruo relinquatur, vires tamen accipit ex duorum persona.

Ad §. Sed naturalia Inst. tit. de Iure naturali, gentium, & Ciuili. Explicatur ex occasione l. lex naturæ 24. ff. de statu hom. Cap. XXVII.

SVMMARIVM.

Roponitur decisio textus. num. 1.
Omnes homines natura liberi sunt; num. 2.
Seruitus iure gentium contra naturam institута. num. 3.
Natura æquum est, neminem cum alterius iactura locupletari. num. 4.
Ius Ciuile est, quod à iure naturæ, & gentium recedit. num. 5.
Lex naturæ est, vt qui nascitur sine matrimonio, matrem sequatur. num. 6.
Explicatur prædictus textus. n. 7.
Idem, & æquum, & iniquum diuersis considеratis rationibus dici potest. num. 8.
Seruus, qui iure gentium pro nullo habetur, qua ratione obligetur, cum obligationes sint iure gentium inuentę. num. 9.
Explicatur l. lex naturæ ff. de statu hominum; num. 10.

1 INquit Iustinianus *in §. sed naturalia* iura naturalia, quæ apud omnes gentes peræque obseruantur, diuina quadam prouidentia constituta, semper firma, atque immutabilia permanere: Ea verò, quæ vnaquæquè ciuitas sibi constituit, sæpè mutari solere, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

Laborant interpretes nostri dum hoc Iustiniani dictum defendere conantur.
2 Nam † omnes homines natura liberi procreati sunt *l. si id, quod dominus ff. de cond. indeb. inst. tit. de libertin. in princ.*
3 Seruitus † vero de iure gentium contrà naturam fuit inducta §. *seruitus inst. tit. de Iure personar.* Ius ergò naturale, quod suadebat æquum esse, omnes homines
4 liberos esse, fuit immutatum. Iure † naturæ æquum est neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem *l. iure naturæ 206. ff. de reg. Iur.* & tamen vsucapio introducta est de iure ciuili, quæ per longam,

gam; & continuam possessionem vero domino aufert dominium, & possidenti addicit *l. 1. ff. de vsucap.* & † ius ipsum
5 ciuile eatenus constituitur, quatenus à communi iure naturæ, vel gentium recedit, & proprium fit huius, vel illius Ciuitatis *l. ius Ciuile ff. de Iust. & Iure.*
6 Lex † naturę hæc est, vt qui nascitur sinè legittimo matrimonio, matrem sequatur; hoc tamē ità verū est, nisi lex specialis aliud inducat *l. lex naturæ ff. de statu hom.* ergò lex naturæ alia lege tollitur; & his similia multa possunt excogitari, quæ validè videntur obstare aduersus decisionem Iustiniani *in d. §. sed naturalia.*
7 Ego † aliorum omissis responsionibus, quando Institutiones explicabā, difficultatem ità resoluebam; animaduertendum esse, non rectè ex constitutione contraria iure naturę, vel gentium, ad mutationem iuris naturæ, vel gentium argui: potest quid contra naturam, & ius naturale cōstitui, nec tamen ius naturale mutatur; mutaretur ius naturæ, si quod semel æquum, & iustum esse suasisset natura, inciperet eadem natura docere iniquum esse, vel si quòd ita esse oporteret, natura docuisset, eodem iure naturæ aliter esse debere statueretur; Mutaretur ius naturæ, si natura, quæ omnes homines liberos procreauit, seruos efficeret; Verùm hac ratione ius naturæ mutari, probari non potest: Probabitur iure gentium, quod à natura diuersum est, seruos inductos, seruos verò à natura cognitos non probabitur; lex ciuilis contra ius naturæ aliquid inducet, sed constitutione ciuili non obstante, quòd ante eam constitutionem natura docebat, æquum esse, idem in posterum docebit semper, ergo ius naturæ non mutabitur. Non ità est in ciuilibus constitutionibus: Ciuiles constitutiones authoritate legislatoris nitūtur, si quid antea à legislatore erat statutum, eiusq; authoritate valebat, ab eodem corrigatur, immutetur, contraria authoritate tolletur: vnum quodque enim dissoluitur eo vinculo, quo colligatum est *l. nihil tam naturale ff. de reg. Iur.* Iura naturalia, diuina prouidentia constituta à natura, à Deo manant, & mentibus nostris insita sunt: Immutabilis Deus, immutabilis natura, quæ summè bona nos docuit semel, semper docebit. Dices etiam ius ciuile naturali ratione constare oportere, alioqui, nec ius esset, quòd contrà rationem esset *l. 1. in princ. ff. de Iust. & Iure* si ergò semel natur ali ratione quid est inductum, non poterit contraria constitutione tolli: contraria enim constitutio naturali rationi aduersans, valere non poterit, ergò idem, quod dicitur de iure naturæ esse illud immutabile, dicendum erit, etiam de Iure ciuili: Respondeo stare hæc simul, aliquid induci contra naturam, non tamen carere naturali ratione: seruitus contrà naturam inducta est *§. seruitus inst. tit. de Iure person.* & tamen inducta naturali ratione, vt scilicet viui seruarentur, qui alioqui occisi fuissent *§. serui inst. tit. eodem,* & vt exemplum adferamus in ciuili constitutione: Vt paulò antè dicebamus, iure naturali ęquum est, neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem *l. iure naturæ ff. de reg. Iur.* Iure ciuili inductum fuit, per longam possessionem rem alienam acquiri, bono publico id factum est, nè dominia rerum semper sint in incerto, & sic nullus finis sit litibus *l. 1. ff. de vsucap.* ergò quamuis ius naturæ repugnaret, vtilius reipublicæ visum fuit aduersus ius illud naturæ, vsucapionem inducere, quia magis expedit litibus finem imponere. Cum verò ius omne, hominum gratia fuerit constitutum *l. 2. ff. de statu hom. §. fin. inst. tit. de iure naturali, gentium, & ciuili,* id omne iustum, & bonum erit, & naturali ratione constabit, quod ad communem hominum vtilitatem, & Reipublicæ quietem conducere poterit, ergò licèt absolutè, si rem consideremus, iniquum sit alterum cum alterius iactura locupletari, tamen si iacturam alterius comparemus cum bono illo, quia lites tolluntur, vtilius erit, & melius, vt recipiatur in Ciuitate vsucapio.
8 Planè † quia eadem constitutio, diuersa ratione considerata, æqua, & iniqua videri potest, ità vt contrarię etiam constitutiones æquitatem contineant, pro vt diuersimodè considerantur, vt cōstat *ex l. bona fides ff. de pos. l. si Seruus 61. §. quòd verò ff. de furt. l. ità vulner. ff ad l.*

Aquil. l. quoties 200. *ff. de reg. iur.* ideò videmus in Ciuitate, modò vnam recipi constitutionem, modò alteram illi contrariam, pro vt hanc, vel illam magis vtilem legislator existimat: Exemplum sit in successionibus intestatis. Si vinculum sanguinis, & naturalem rationem consideremus, æquum est æquè fœminas admitti, pro vt masculi admittuntur: quòd si familiarum conseruationem, & splendorem inspiciamus, melius erit masculos admitti solos, fœminis exclusis: Potest videri vtiliùs Reipublicæ, vt familiæ conseruentur, & ità masculos admitti iustum erit: Potest fortè alia ratione considerari, non adeo expedire Reipublicæ familiarum conseruationem vt illa inæqualitas sit admittenda inter masculos, & fœminas, & iusta erit constitutio, vt æquè tam fœminæ, quàm masculi admittantur: cum itaque his casibus neutra constitutio ratione careat, ea potior erit, quæ ciuili authoritate erit confirmata, & prima constitutio ipso iure tolletur, contraria iure ciuili inducta, quia, sicuti ciuili authoritate consistebat, ità contraria authoritate consentaneum est infirmari.

Quamuis autem iure ciuili ob publicam vtilitatem aliquid recipiatur contrà ius naturæ, nō tamen ius naturæ mutabitur, vt dicebamus, quia illud idem, cuius contrarium in Ciuitate fuerit receptum, adhuc natura iustum, & æquum erit. Quòd etiam dici poterit de iure gentium respectu Iuris ciuilis: nam quamuis ius ciuile in aliqua parte à Iure gentium recesserit, non tamen de iure gentium esse id cessabit, quod iure ciuili non seruetur: Et nè videatur sine vtilitate esse hæc iuris naturalis immutabilitas, possunt effectus assignari, qui ex eo manant, quod ius naturæ non mutetur, vnum hìc considerabimus. Præcipua ergò vtilitas esse potest: quia licèt serui de iure gentiū, cæteris hominibus inæquales constituantur, & pro nullis habeantur *l. si id, quòd dominus ff. de condict. indeb. l. manumissiones ff. de iust. & Iure*, tamen quantum attinet ad ius naturæ, adhuc cæteris æquales sunt: ideò eorū, quæ iuris naturæ sunt, æquè capaces, pro vt liberi, sunt *l. quod attinet ff. de reg. Iuris*, hac ratione serui naturaliter obligantur *l. naturaliter, l. si id, quòd dominus ff. de condict. indeb.* cū tamen obligari nō possent si & de iure naturæ serui, liberis hominibus essent inæquales, & si seruitus esset iuri naturali cognita; sed quia hac in re Doctores hærent, quia intelligere non possunt, qua ratione iuri naturæ obligatio sit adscribenda, tantisper hac in re insistā.

9 Contractus † ferè omnes à iure gentiū inducti sunt *l. ex hoc iure ff. de iust. & Iure*: item, & obligationes; Quomodo ergò fieri potest, vt seruus, qui iure gentiū incognitus est non minus quàm iure ciuili, ex iuris gentium contractibus obligetur? Respondeo ius naturæ dupliciter cōsiderari posse, & debere: Primo modo in puris suis terminis, nullo hominum facto supposito: Secundo modo, aliquo hominum facto supposito. Si ius naturæ primo modo cōsideremus, sine dubio obligatio non est de iure naturæ, nā cum omnia iure naturæ essent communia, non erat, cur quis alteri alicuius rei nomine obligaretur: At facta rerum distinctione de iure gentium, & indè necessitate exigente, contractibus inductis, cæpit iure naturæ æquum esse, vt qui aliquid præstare polliceretur, promissa attenderet, & obligaretur; nihil enim tam congruum est iuri naturali, quàm pacta seruare *l. 1. ff. de pact.* statim enim posito pacto, naturali ratione nobis insita, iudicamus æquum esse, illud seruari. Sic post dominiorum distinctionem, naturæ iure æquum est neminem cū alterius iactura locupletari *l. iure naturæ ff. de reg. Iur.* antequā dominia distinguerentur, non poterat dici, id esse de iure naturæ, quia, vt diximus, cum omnia essent cōmunia, & esse deberent, non poterat vnius lucrum cum alterius iactura considerari. Natura furtū prohibitū est *l. 1. ff. de furt. § 1. inst. tit. de oblig. quæ ex del. nas.* sine dubio in puris terminis, & in statu naturæ, furtū dari nō poterat, ergò nec poterat esse prohibitū, sed prohibitū esse cæpit post dominiorū distinctionē. Dices, si ita cōsideremus ius naturæ, hominū facto supposito, nulla erit constituenda differentia inter ius naturæ, & gentiū, nam certū est quæcunq; iure gentiū sunt constituta, naturali

rali ratione constare, cum nihil aliud sit ius gentium, quàm quod naturalis ratio inter omnes homines constituit *§. 1. instit. tit. de iure naturali gentium, & ciu.* ergò quæ, hominum facto supposito, sunt constituta, de iure gentium sunt, cuius iuris incapax seruus, ergò erit etiam incapax obligationis, quę à iure gentium est introducta *d. l. ex hoc iure ff. de Iust. & Iure*. Pro responsione animaduertendum est differre sine dubio ius naturale à iure gentium, etiam in his, quæ solis hominibus conueniunt, quia diuersi sunt huius, velillius authores. Naturale ius est, quod natura docet, quod nobiscum nascitur, quod nullo indiget studio, quia nostris mentibus à natura insitum est. Ius gentium est, quod ab hominibus est constitutum, quod ratione quidem naturali est inductum, sed non rectà à natura est, sed ab hominum ratiocinatione; ideo ius naturale, & gentium sępè in iure nostro distinguntur *l. manumissiones ff. de Iust. & Iure, l. si id, quod dominus ff. de condict. indeb.* In proposito, hominum supposita malitia, qui in comunione erant discordes, cogitarunt homines bonum esse dominia distinguere. Natura id non docuit, sed ratiocinatione homines induxerunt: Si enim fuisset quis interrogatus quod remedium hominum malitię esset adhibēdum, non statim respondisset dominia distinguenda, sed curandum, vt homines, se continerent; & interim de remedio cogitasset: sic post distincta dominia, cum homines, alij alijs essent molesti, & alienum vsurparent, si quæsitum esset, quomodo occurrendum ei malo? nullus statim respondisset bellum inducendum imò natura repugnasset; sunt hæc potius ab hominibus experientia approbata, & recepta, non naturæ dictamine inducta; sic etiam contractus necessitas adinuenit, sed non quius interrogatus sciuisset contractus esse inducendos, cum imò multi adhuc populi sint, qui his, quę de iure gentium sunt, non vtuntur, nec ea, quę iuris gentium sunt, ad benè, & fœliciter viuendum expedire cognoscunt. Itaque, quæ inducta sunt ab hominibus ex eorumdem ratiocinatione, & experientia, ea iuris gentium sunt, quia verè sunt ab hominibus tanquam causa productrice, quæ verò statim sciuntur, nulla ratiocinatione requisita, ea à natura sūt, quia natura ea nos docet. Iuris naturæ est obligatio, statim contractu posito; ratio est, quia supposito contractu, & duorum conuentione, si quisquis rerum ignarus interrogetur; an debeat, qui promisit pactum seruare, ipse statim respondebit, debere sine vlla ratiocinatione, quia natura statim id docet; idem dijudicabit, neminem cum alterius iactura locupletari oportere, & furtum dicet naturali rationi aduersari; neq; opus erit ab aliquo id doceri. Ergo inductis de iure gentium contractibus, statim obligatio iure naturæ orta est, nec ad eam rem opus fuit authoritate gentium. In inducendo bello, in rerum distinctione, & dominiorum facienda opus fuit authoritate gentium, sic etiam, & in cōtractibus; sed inductis contractibus ad obligationes inducendas, non fuit opus hominum constitutione, ea statim ex naturali æquitate inducta. Vnde est vnicam esse obligationem jure naturæ, & gentium, licet duo sint iura: ratio est, quia ius gentium cum naturali ratione vtatur, non rigore, & subtili ratione, vt facit interdum ius ciuile, eas agnoscit obligationes, quę naturali consistunt æquitate, & de iure sunt naturali. Eas omnes gentium non agnoscit, pro vt est obligatio ad antidora, de qua *in l. sed, & si lege §. consuluit ff. de petit. hæred.* item ex pacto nudo. Sed quas agnoscit à natura sunt, & à naturali pendent æquitate, authoritate gentium non sunt inductæ. Itaque quòd dicitur *in l. ex hoc iure ff. de Iust. & iure* obligationes inductas de iure gentium, vel de contractibus est intelligendum, quasi eo verbo *obligationes* omnes contractus sint comprehensi, vel id est intelligendum causatiuè, nempè, quia inducendo contractus, ius gentium, naturæ causam dedit, vt induceret ipsa obligationes. Ergò cum omnes obligationes iuris gentium æstimentur ex naturali ęquitate, etiam seruus obligabitur naturaliter: licèt enim contractus iurisgentium sint, cuius ca-

pax seruus non est, tamen contrahere, in facto consistit *l. 7. §. fin. ff. de Curat. fur.* & facti capax est seruus *§. sed cum factum. instit. tit. de stipul. seru.*. Ex contractu verò, ex eo facto, naturalis nascitur obligatio, cuius capax seruus est. Cùm autem ius gentium, obligationem ex naturali æquitate diiudicet, opus est, & hanc agnoscat serui obligationem: quoties scilicet à persona capaci, ea proponitur, vt contingit *in d. l. §. id quod Dominus ff. de cond. indeb.* vel si consideranda sit obligatio fideiussoris, quatenus obligationi serui accessit, nam hæc serui obligatio naturalis, sufficiens iudicatur, ad hoc vt ei accedat fideiussor *l. naturaliter ff. de cond. indeb.* & dummodò seruus ipse non petat (qui iuri, & gentium, & ciuili est incognitus) omnes effectus iuris etiam ciuilis, naturali serui obligationi tribuuntur. Nec mirum, nam si ius ciuile illam obligationem considerare vult, opus est, ex iure naturali diiudicet, & iure Naturali etiam seruus obligatur. Sic, quamuis matrimonium sit de iure ciuili, quia inter solos ciues contrahi potest *instit. tit. de nupt. in princ.* & iure ciuili, seruiles cognationes sint incognitæ *instit. tit. de seruili cognatione in princ.* tamen, quia ius ciuile in matrimonijs contrahendis, ius naturale, & naturalem pudorem inspicit *l. adoptiuus §. 1. ff. de ritu nuptiarum*; ideò etiam seruiles cognationes matrimonium impediunt, *d. l. adoptiuus. §. 1.*

10 Planè † antequam ad alia progrediamur, animaduertendum est, quòd dicitur *ex l. lex naturę 24. ff. de statu hom.* legem naturę esse, vt qui citrà matrimonium nascitur, sequatur matrem, nisi lex specialis aliud inducat, nō ità intelligendum, quasi lex naturę statuat, & de iure naturali sit, vt partus conditionem matris sequatur, pro vt communitèr omnes eam legem intelligunt. Nam quomodo potest natura, quæ matrimonia non cognoscit, distinguere inter natos ex legitimo matrimonio, & eos, qui sinè legitimo matrimonio nati sunt? An iure naturæ, quo omnes liberi sunt, fieri poterit, vt is, qui nascitur ex serua, matris conditionem sequatur, & sic, vt & ille seruus sit? Præterea lege naturæ dicitur fieri, vt is, qui sine matrimonio nascitur, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducat. Specialis illa lex sinè dubio dicitur respectu illius generalis legis, qua statuitur natum sinè legitimo matrimonio, matrem sequi; quoniam exceptio debet esse de regula, vt dicunt nostri *l. nam quod liquidè §. fin. ff. de pęnu leg.* Neq; enim, si lege ciuili contrarium statueretur, rectè diceretur fieri lege speciali; quia respectu iuris ciuilis non esset specialis. At natura non habet leges speciales, quia ius naturę semper est æquum, & bonum *l. penult. ff. de Iust. & Iure* ergò sicuti lex illa specialis, de quà *in d. l. lex natura ff. de Statu hominum* non est de iure naturę; nec de iure naturæ illa generalis, vt natus sinè matrimonio matrem sequatur.

Ego igitur ea verba *lex naturæ* ità explico id est legem, quæ super natalibus in nascendò seruatur: Illa talis est, vt natus sinè matrimonio, matrem sequatur. Non quòd ius naturæ, eam legem constituat, sed quòd lex illa super natalibus sit recepta, ideò lex naturę vocatur. Sicuti illud verbum *natura* eodem sensu accipitur *in l. pronunciatio 195. §. familiæ ff. de verb. signif.* Vbi habet Iuris. Con. iure proprio familiam dici plures personas, quæ sunt sub vnius potestate, *aut natura, aut Iure subiecta*. Potestas est de Iure ciuili *§. ius autem instit. tit. de patria potestate*, ergò nulli sunt, qui iure naturæ nostrę potestati sint subiecti. Sed ea verba *natura subiectę* non intelliguntur quasi iurę naturali subiectę, sed subiectę natura, idest ex ipsa natiuitate, quòd scilicet ex iuxta vxore nati sint liberi, ad differentiam adoptiuorum, qui iure tantum subiecti sunt. Ita *in l. lex natura ff. de statu hom.* lex naturæ dicitur, non quasi lex iuris naturæ, sed lex naturæ, idest lex nascendi, lex natiuitatis, lex super natalibus recepta.

Expli-

Explicatur l. qui soluendo 42. ff. de hæred. instit. Cap. XXVIII.

SVMMARIVM.

Qui in fraudem manumittit, nihil agit. num. 1.

Potest is, qui soluendo non est, seruum instituere, & sibi hæredem facere necessarium, & cur id ei concessum. n. 2.

Si plures ille instituat, vnus solus hæres fit, & liber, qui primo loco est institutus. n. 3.

Proponitur quęstio, & decisio, de qua in d. l. qui soluendo. num. 4.

Dubitatur aduersus dictam decisionem. num. 5. & seq.

Quę ab initio non valent, tractu temporis non conualescunt. num. 6.

Si tempore delatę hereditatis ab instituto hereditas non possit acquiri, corruit institutio. n. 7.

Olim hereditas seruis proprijs institutis, non ab apertura tabularum deferebatur, sed statim à morte testatoris. num. 8.

Refertur ad d. l. qui soluendo interpretatio Cuiacij. num. 9.

Regula Catoniana non pertinet ad nouas leges. num. 10.

Reprobatur Cuiacij interpretatio. num. 11.

Subijcitur interpretatio authoris. num. 12. & seq.

Priores leges ad posteriores trahuntur, & è conuerso. num. 13.

Vt seruus in fraudem intelligatur manumissus, oportet consilium, & euentum concurrere. num. 14.

Seruis proprijs institutis, hereditas non à morte, sed ab apertis tabulis deferebatur. num. 15.

Extraneus ex asse hæres institutus olim etiam ante apertas tabulas hæreditatem poterat adire. num. 16.

Respondetur ad allata supra num. 8. num. 17.

Receditur ab allata responsione. num. 18.

Rursus defenditur, seruis proprijs institutis à morte testatoris delatam, & acquisitam hęreditatem. num. 19.

Resoluitur secundum obiectum. num. 20.

Fiscus non occupat bona, quæ non sunt soluenda. num. 21.

1 IS † qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem. *Inst. tit. quibus*
2 *ex causis man. non liceat in princ.* Planè † si is, qui soluendo non est, in testamento seruum suum cum libertate instituerit, eadem l. Ælia Sentia permittitur, vt is, liber fiat, hæresque necessarius, & solus, videlicet, quia nemo alius in testamento sit scriptus, vel quia scripti adire hæreditatem noluerint, sed repudiauerint: ratio autem huius exceptionis fuit, vt nomine serui, bona instantibus creditoribus venderentur, eisque satisfieret, salua defuncti existimatione, & fama §. *licet autem domino instit. tit. eodem.*

3 Vnum † ergo seruum potest is, qui soluendo non est ex l. Ælia Sentia habere hæredem necessarium, non plures. Itaque si plures seruos instituerit, adhuc vnus tantum ad libertatem perueniet, reliquorum institutio inutilis erit, & regulariter is liber, & hæres erit, qui primo loco fuerit institutus, & primo scriptus. *l. qui soluendo 60. ff. de hęred. inst. l. si quis habens ff. qui, & à quibus.*

4 Hinc † datur occasio quærendi *in l. nostra.* Quid sit dicendum, si testator, qui soluendo non est, duos habens seruos Apollonios; videlicet quorum quisque Apollonius vocaretur; ita eos instituerit. *Apollonij serui mei liberi, & hęredes sunto.* An hoc casu eorum vnus, & quis? an potius nullus sit hæres futurus? Ambo sinè dubio, non possunt hæredes existere, prohibente d. l. Ælia Sentia, quæ vnum tantum permittit hęredem esse; Vnus eorum posset; sed cum nullus ipsorum, primo loco sit scriptus, nulla ratio est, cur potius vnus, quàm alter admittatur.

Respondet tamen Iuris Cons. Iulianus cum distinctione, Aut antè apertas tabulas, eorum alter est mortuus, vel tempore apertarum tabularum viuunt ambo, Primo casu superstes solus hæres erit necessarius; Secundo verò casu, cum alter alteri obstet, lege Ælia Sentia impeditur libertas, & nullus eorum ad libertatem perueniet.

5 De † quo tamen responso, non sinè ratione potest dubitari; Nam si is, qui soluendo

uendo non est, duos seruos ità instituat, vt apparere non possit, quis primo loco sit institutus, & quis eorum sit præferendus, cum lex Ælia Sentia expresiè prohibeat amplius quàm vnum necessarium hæredem fieri, statim ab initio apparet
6 vitiosam esse institutionem; ea † autem institutio, quæ ab initio nulla fuit, non potest tractu tēporis conualescere *l. quod initio 29. l. qua ab initio pen. ff. de reg. iur.*

Pręterea inepta videtur Iuliani distinctio, vtrum ante apertas tabulas alter decesserit, an tempore apertarum tabularum ambo viuant; Nam hæc distinctio, si de extraneis hęredibus ageretur, quibus institutis, hæreditas ab apertura tabularum deferebatur tempore Iuliani, optima esset; sed cum proponantur instituti hæredes serui, qui necessarij existunt, inepta est, nam quoties de hæredibus necessarijs agebatur, hęreditas tēpore Iuliani deferebatur statim à die mortis testatoris; ergo si tempore mortis testatoris ambo viuebant, necesse est, inutiliter eo tempore delata hęreditate, vitiatam fuisse institutionem illam, vt deinceps eorum nullus potue-
7 rit admitti; certissimum † enim est tempus delatę hęreditatis attendēdū, quo tēpore, si hæreditas acquiri nō potest, institutio corruit *l. si alienū §. 1. de hered. inst. §. in extraneis inst. tit. de hared. qualit. & diff.*
8 Hæreditatem † olim à die mortis delatam, & acquisitā institutis seruis proprijs, non autem à die apertarum tabularum probatur *ex l. 3. §. fin. ff. de hęred. inst.* vbi dicitur dilationem aperturę tabularum non immutare ius necessarij hęredis. Confirmatur *ex l. si post mortem §. 1. ff. de leg. 1.* vbi dicitur relictum legatum seruo post mortem Domini, hæredi ipsius domini, non seruo acquiri, quamuis (quod magis est) iussus sit à domino liber esse, nam antea cedit dies legati ipsi seruo relicti, quàm ipse liber fiat, cum statim ipso momento, quo testator mortuus est, deferatur ei legatum, statim autem liber nō fiat, cum expectanda sit aditio hęreditatis, quam illo momento fieri est impossibile: Additur tamen exceptio, nisi suus, vel necessarius à domino fuerit institutus hæres: eo namque casu, ipso momēto, quo cedit dies legati, fit hæres etiam suus ille, vel necessarius, & consequenter fit etiam liber ipse seruus, & sic sibi acquirit legatum, non hęredi. Intelligitur ergò ex eo textu etiam seruum statim, & antè apertas tabulas hęredem existere; quod idem probari posset *ex l. 1. §. qui sunt in potestate ff. si quis omiss. caus. test. l. ex parte ff. de acquir. hęred.* licèt textus isti concludenter non probent. Cęterum communis est Doctorum omnium, etiā eruditiorum sententia, seruum, necessarium hęredem etiam ante apertas tabulas existere.
9 Doctissimus † Iacobus Cuiacius *ad d. l. qui soluendo*. Quantum pertinet ad pri-
10 mam obiectionem respondet † Regulam Catonianam non pertinere ad nouas leges, vt dicitur *in l. fin. ff. de reg. Caton.* videlicet ad l. Iuliam, & Papiam, ex quibus legata cedebant ab apertura tabularum, pro vt etiam, & hęreditates ex eo tempore deferebantur. Cum enim Regula Catoniana ea inualidet, quę si statim decederet testator, appareret nulla esse *l. 1. ff. eod.* non potest pertinere ad ea, quę statim post mortem testatoris non deferuntur, vt explicauimus suprà *cap. 3.*
11 Verùm hæc † responsio procederet, si etiam necessario hærede instituto, hæreditas non nisi à die apertarum tabularum deferretur: cęterùm iuxta communem sententiam, & ipsius etiam Cuiacij, cum statim mortuo testatore, etiam ante apertas tabulas hæreditas acquiratur seruo, neque ius nouum in hac hęreditate locum habeat, consequens est Regulam Catonianam, vires suas etiam in casu nostro exerere posse, cum de seruis institutis agatur.
12 Ego †, omissis aliorum responsionibus, dico legem Æliam Sentiam, siuè Regula Catoniana sit antiquior, siuè post eam fuerit lata, Regulæ Catonianæ deroga-
13 re, nam † & priores leges ad posteriores, & posteriores ad priores trahuntur *l. non est nouum cum legibus sequ. ff. de legibus*.
14 Cum † enim voluerit lex Ælia Sentia ad hoc, vt infirmentur libertates, manumittentem consilium habuisse fraudandi, & preterea re vera libertatem cedere in frau-

in fraudem creditorum *§. in fraudem inst. tit. quibus ex causis manum. non licet.* adeò vt si fortè testator eo tempore, quo dat libertates, soluendo non sit, ità vt manumittendo, in fraudem faciat creditorum, & consilium habeat fraudandi; non tamen impediatur libertas, si tempore hæreditatis aditę, vel quo competitura est libertas, soluendo testator, vel hæreditas inueniatur, ità vt in effectu creditores non fraudentur, vt probatur *ex l. si mortis* 18. *ff. qui, & à quibus* si testator animo fraudandi det in testamēto libertates, non statim dici potest vitiosas libertates esse, quia fieri potest, vt tempore mortis, testator fit soluendo, vel tempore, quo libertates sunt competiturę, quod tempus vult lex Ælia Sentia attendi: Nec regula Catoniana etiam si iunior esset, immutaret dispositā à lege Ælia Sentia, nam imò, cum Regula Catoniana generalis esset, ei per legem Æliam Sentiam derogaretur in libertatibus, neque credendum esset ex ea regula correctas leges, quę in specie contrarium disponerent. Sic videmus, quoties tempus mortis testatoris, vel conditionis existentis statuitur attendendum speciali lege, Regula Catoniana libertates non vitiari *l. si priuatus §. fin. ff. qui, & à quibus, l. generaliter. §. si homini ff. de fideicom. libert.*

Ergò ad rem nostram. Quando testator, qui soluendo non est, duobus Apollonijs dat libertatem, quamuis non nisi vnum seruum, ei ex l. Ælia Sentia hæredem necessarium habere permittatur: non tamen statim ab initio vitiosa est institutio, non solum, quia fieri potest, vt tempore mortis testator sit soluendo, & sic appareat in fraudem non esse libertates datas; Sed etiam, quia lex Ælia Sentia (quæ tamen ratio ex præcedenti sequitur) non vult impedire, nec impedit libertates statim, sed eo demum tempore, quo essent competituræ: Si igitur eo tempore, quo competitura esset libertas, ambo Apollonij viuant, vitiabitur institutio, suumque amittet effectum; quòd si vnus solus Apollonius fuerit superstes, ille liber fiet, quia verum erit vnum tantum hæredem, domino necessarium fieri hæredem.

Grauior est secunda obiectio, quam à Doctoribus moueri non video. Pro
15 responsione † tamen tentari posset; quòd communiter est receptum, necessarium hæredem statim, etiam ante apertas tabulas, olim hæredem extitisse, verum non esse. Quod probari pręcipuè posset ex hoc textu, quem explicamus, & *ex l. quęsitum* 91. *§. 1. ff. de leg. 1.* Vbi quęrit Iuris Cons. quando testator inutiliter purè leget seruo proprio, data eidem libertate sub conditione, & respondet, quoniā dies legati, seruo proprio dati non cedit, nisi à die aditę hæreditatis *l. hæredis adit. §. fin. ff. quando dies leg. ced.* toties inutile esse legatum, quoties libertas sub ea cōditione est data, quę non potest impleri, nisi adita hæreditate; puta si testator dixerit *Stichus liber esto si decem hæredi dederit*, vel *si post aditam hęreditatem Capitolium ascenderit*. Cęterùm si ea sit conditio; quę possit antè aditam impleri hęreditatem, legatum ab initio purè dabitur vtiliter, & ità demum vitiabitur, si tempore aditę hęreditatis, conditio libertati adiecta non fuerit impleta. Planè addit Iuris Cons. etiam si ea sit conditio libertati apposita, quę alioquin antè aditam hęreditatem posset impleri, tamen inutile esse legatum purè seruo proprio datum, si hęres institutus sit necessarius ex asse: videlicet ratio est, quia is statim mortuo testatore, hęres esset futurus, quia necessarius, & sic eodem momento cederet dies legati, & tamen conditio libertati apposita, eo momento non potuisset impleta esse, ergo cum cederet eo tempore, quo adhuc seruus ipse legatarius esset, inutiliter cederet: Ergo hoc ipsum legatum ab initio ex Regula Catoniana inutile erit. Considero (quod ad rem nostram pertinet) ad hoc, vt legatum vitietur ex eo, quia statim mortuo testatore hęres est extiturus, requiri hęredem institutum necessarium ex asse, ergo non sufficiet necessarium institutū, nec verum erit necessarium hęredē existere statim ante apertas tabulas: sed ità demum si sit institutus ex asse, quo casu non mirum, si statim sit extiturus, etiam
16 antè apertas tabulas; Nam † etiam extrane-

trane-

traneus antè apertas tabulas olim adire poterat, & acquirere hęreditatem *l. multum ff. de cond. & dem. l. 1. §. fin. ff. de Iur. & fact. ignor. colligitur ex l. vnica §. in nouiss. C. de cad. toll.*

17 Qua † recepta sententia, non obstaret textus in contrarium allati; Nam responderi posset, eos intelligendos de hæredibus necessarijs suis, non seruis. Et *ad l. si post mortem §. 1. ff. de leg. 1* dici posset, eam esse supplendam, & intelligendam iuxta

18 *l. quęsitum §. 1. ff. de leg. 1.* Verùm † vt ingenue fatear quod sentio, mihi hæc responsio non satisfacit, quamuis enim in casu nostro duo Apollonij essent instituti, agebatur tamen de vno solo admittendo ex l. Ælia Sentia, ergo statim deferenda ei erat hęreditas, & acquirenda, etiam supradicta sententia recepta; cum verò ei acquiri non posset, cum non appareret, quis potius ex duobus admitti deberet, oportebat statim non expectata apertura tabularum, institutionem vitiari, vt ex ea nullus posteà admitti posset.

19 Præterea † vt credam, seruo instituto, non expectari aperturam tabularum maximè me mouet textus hic noster; Nam Iulianus, proposita facti specie inquit, non ineleganter defendi posse, mortuo vno ante apertas tabulas, alterum hæredem existere. Quænam esset in responso elegantia, si ab apertura tabularum deferenda fuisset hęreditas? Responsum fuisset certissimum, & cuiuis obuium, nam eo tempore vnus solus Apollonius vixisset, qui sine aliquo impedimento fuisset admissus, ergo dicendum est, olim seruo instituto, statim quęsitam hæreditatem, non à die apertarum tabularũ; & inde ratio dubitandi in casu proposito; in quo tamen eleganter Iulianus respondet, tempus apertarum tabularum inspiciendum.

Si quis autem communem hanc sententiam vellet retinere, posset *ad l. quęsitum §. 1. ff. de leg. 1.* respondere ideò requiri ibi ex asse hæredem necessarium institutum, quia si institutus fuisset ex parte, non statim consequens fuisset, legatum vitiari, quia fieri potuisset, vt legatum à cohęrede extraneo nominatim relictum esset, quo casu, cum ab eo solo deberetur, vt tempore Iuliani, qui eius l. author est, nec eo repudiante, à cohæredibus esset pręstandum *l. Celsus §. pen. & vlt. ff. de leg. 2.* expectanda erat eiusdem aditio, ex cuius aditione legatum vires accipiebat, & interim impleri poterat conditio libertati adiecta.

Sed si Seruis institutis, saltem in casu nostro, statim à morte testatoris hæreditas erat deferenda, nec erat expectanda apertura tabularum: cur in casu nostro dictum fuit expectandam?

20 Fortè † responderi poterit tempore Augusti l. Iulia Papia constitutum generaliter hęreditatem deferri à die apertarum tabularum: excepti sunt inter alios illi, qui necessarij hęredes testatoris essent exstituri, qui statim iure antiquo hęredes existere poterant; In casu proposito Apollonij nostri non potuerunt statim necessarij existere, nec eorum vllus, ergo ad eos non pertinuit exceptio, ergo debuit attendi regula, & expectari tabularũ apertura; Accedit fauore exceptorũ receptum, vt ius antiquum seruaretur, & tempus mortis in delatione, siue hæreditatis, siue legati attenderetur: qua ratione dicitur in *l. vnica §. cum lex Papia C. de cad. toll.* erubuisse legem, iugum suum liberis, & parentibus imponere. Quod autem fauore alicuius est inductum, non est in eius odium retorquendum *vulg. l. quod fauore C. de legibus*; Si ergò fauore necessarij hęredis est inductum, vt tempus illud mortis attendatur, non debet id ei nocere, si vtilius ipsi sit, attendi iuxta ius commune tempus apertarum tabularum; Tandem fauore fisci factum est, vt expectetur apertura tabularum, ad hoc, vt quod interim caducum fieret, in fiscũ redigeretur, vt intelligitur *ex d. l. vnica*, & fauor fisci exigeret in casu nostro, vt tempus apertarum tabularum non esset expectandum, quia vitiata institutione, & vitiato testamento, ex eo quòd nullus tempore mortis testatoris hæres existere potuerit, hæreditas debuit fisco acquiri;

21 Verum † cum hæreditas non sit soluendo, fiscus ea bona non occupat, & fauor fisci est, ne ei deuoluta ea bona intelligantur *l. 1. §. an bona ff. de Iure fisci*, *vbi*

vide

vide Cuiacium: qua ratione rescriptum fuit, vt bonis effectis vacantibus, seruus hęres existat necessarius, qui fuerat institutus, licèt ipso iure existere amplius non posset *l. ait prętor 7. §. sed quod Papinianus ff. de minorib.* fauore scilicet fisci, & testatoris commixto; cuius rescripti exemplo, quid simile constituit etiam Iustinianus *in l. fin. in fin. C. de seruis necess. hęred. inst.* Itaq; in casu proposito cessabat fauor fisci: At testatoris, & institutorum fauor maximè exigebat, vt ius commune attenderetur, & tabularum apertarum tempus expectaretur, ergo his omnibus iunctis, & praecipuè eo attento, quòd dici non poterat in casu nostro aliquem necessarium hæredem adesse, qui tempore mortis existere posset, eleganter respondit Iulianus, tempus apertarum tabularum inspiciendum, vt si eo tempore vnus solus ex Apollonijs viueret, solus hæres existeret, si verò superuiuerent ambo, alter alteri esset impedimento, vt neuter admitteretur.

De Sententia l. si quid bello 28. ff. de Capt. & postlim. reuers. Cap. XXIX.

SVMMARIVM.

Refertur ad hanc legem Glossa interpretatio. num. 1.
Reprobatur. n. 2.
Refertur expositio Bartoli. n. 3.
Reprobatur. n. 4.
Alterum quorumdam etiam expositio adfertur, num. 5.
Reprobatur. num. 6.
Captis in bello postliminium non est in pace, num. 7.
Et qua sit ratio. n. 8.
In pace postliminium habent, qui in bello capti sunt. n. 9.
Quomodo intelligendum, quod dicitur expectandū, an quis apud hostes decesserit. n. 10.
Explicatur d. l. si quid bello. n. 11. & seq.
Quę à nobis capta, eodem bello capimus, non capi, sed recipi dicuntur. n. 12.
Exceptio debet esse de regula. n. 13.

FAlsa videri potest huius textus decisio; Id, quod in bello capitur, capientis fieri, & in prēda esse, non autem po-
1 stliminio redire. Glossa † dicit legem
2 hanc, in mobilibus procedere; Sed † constat etiam mobilia ius postliminij habere, iureque postliminij à primis dominis recipi *l. 2. l. si captiuus §. fin. ff. de capt. & postl. reu. l. sicut liberis, l. ab ho-*
3 *stibus 12. C. eod. tit.* ideò Bartolus † respondet intelligendam *l. nostram* de his rebus, quæ postliminium non habent,
4 de quibus *in d. l. 2.* Sed Bartoli † interpretationi, obstat huius responsi gene-
5 ralitas. Aliqui † dicunt ita legem intelligēdā, vt quod ab hostibus capitur, si in prę-
6 da sit, postliminio non redeat. Sed † quod ab hostibus capitur, statim postliminio redit, ideo nunquàm in prēda esse potest; & verba, quæ in lege sequuntur, huic expositioni repugnāt; nec bene conueniūt.

Itaque omissis, si quæ aliæ sint interpretationes. Pro huius legis declara-
7 tione prēmittendum est † postliminium competere, vel in bello, vel in pace. In bello, cum qui bello captus est, eodem bello reuertitur: Nam ei postliminium in pace non competit, nisi si id pactis comprehensum esset (ità enim legi mallem *in l. in bello in princ. ff. de capt. & postl. reuers.* reposito *id* pro *nihil*) quod probatur ex *l. nostra in fine*; Ad hoc enim, vt in pace postliminium sit, requirit Paulus, vt expresè de captiuis reddendis conuenerit, ergo nō sufficit, nihil de illis dictū esse: Confirmatur, quia, dum fit pax, & nihil de captiuis reddendis statuitur, sed captiui relinquuntur possidentibus, satis intelligitur conuenisse non reddantur, &
8 sic in pace postliminium non habebunt: ratio autem † cur captis in bello postliminium in pace non competat, redditur *in eadem l. in bello in princ.* quia spem reuertendi, ciuibus in virtute bellica magis, quàm in pace esse voluerunt Roma-
9 ni. In † pace autem postliminij ius, illis conceditur, qui non in bello capti sunt ab hostibus, sed citrà bellum ab his, cum quibus Romani, neque amicitiam, neq hospitium, neque fœdus, amicitiæ causa factum habent *l. postliminij 5. ff. de capt. & post. reuers.* Hi quandocumque redierint, postliminium habent, quia in

R bello

bello capti non sunt, & ideò cessat ea ratio, ob quam noluerunt Romani postliminium in pace esse his, qui in bello capti essent: qua ratione, & hi, qui in pace ad amicos peruenerunt, si subito exorto bello serui facti sint, non solum in bello postliminium habent, sed & in pace, nisi forte fœdere cautum sit, ne his esset ius postliminij *d. l. in bello §. 1.* qui scilicet isti in bello capti non sunt, ideò etiam in pace postliminium habent.

10 Nec † dicat quis etiam captis in bello postliminium esse, si reuertantur in pace, quia sępè cum de l. Corneliæ fictione agitur, dicitur expectandum, an decesserit quis apud hostes *l. bona §. penult. & vlt. ff. de capt. & postl. reuers. l. nec nos pręterijt C. eod.* ea ratione, quia legis Corneliæ fictio locum habere non potest, dum spes est captiuum redire posse, & ità ius postliminij habere, ergò si expectandum est, an quis decesserit, quia antea semper redire potest, consequens est, siue bellum adhuc duret, siuè pax sit facta, semper captiuum ius postliminij habere posse: Respondeo etenim, imò expectari mortem, quando adhuc bellum durat, nam eo casu apud hostes dicitur esse, qui captus est; facta namque pace, non amplius illi hostes sunt, nec posset ille, qui captus fuerat dici ab hostibus redire: Et ideo, si pax facta esset, nec pactis comprehensum esset, vt captiui redderentur, non amplius expectanda mors esset eius, qui captus fuerat, sed inspiciendum an rediisset captiuus, vel nó: & ideò *in l. in omnibus ff. de capt. & postl. reuers.* vbi agitur de fictione legis Corneliæ, nó dicitur fingere l. Corneliam de eo, qui captus, apud eos, à quibus captus est, decesserit, sed de eo, qui reuersus non est. *In omnibus partibus Iuris* (Inquit Iuris Consul) *is qui reuersus non est ab hostibus, quasi tum decessisse videtur cum captus est:* Aliquando tamen mors captiui expectatur, quoties scil. agitur de eo, qui in bello captus non est, qui in pace, sicuti postliminium habet, ità credendum est, fictione l. Corneliæ eumdem comprehendi.

11 His ita † premissis explicatur textus noster: Inquit Labeo *Si quid bello captum est, in pręda est, non postliminio redit,* loquitur Labeo de his, quæ bello capiuntur, quod post factam pacem rursus excitatum est, quæ eadem à nobis, hostes primo bello eripuerant, vel saltem, quæ eodem bello, nobis capta non fuerant; & de his respondet non postliminio ea redire, sed in præda esse: Loquitur ergò Labeo de his, quæ primùm à nobis bello capiuntur, nunquàm eodem bello ab hostibus nobis erepta.

Nec videatur diuinatoria hęc interpre-
12 tatio: imò enim iure probatur; ea † namque, quę eodem bello ab hostibus sunt capta, & rursus capiuntur à nobis, in vsu iuris non capi, sed recipi dicuntur, vt probatur *ex l. ab hostibus 12. C. de postl. reuers.* vbi dicitur seruos rursus ab hostibus captos, & virtute militum liberatos dominis suis restitui: redditur ratio, quia receptos istos magis, quàm captos iudicare debemus; & milites nostros, defensores eorum decet esse, non dominos: Confirmatur *ex l. si captiuus 20. §. 1. ff. de capt. & postl. reuers.* Vbi dicitur expulsis hostibus ex agris, quos ceperint, dominia eorum ad priores dominos redire, nec aut publicari, aut prædę loco cedere; *publicatur enim* (inquit Pomponius) *ille ager, qui ex hostibus captus est;* Vndè intelligimus apertissimè, ea, quę eodem bello recipiuntur, non dici ab hostibus capi: sed illa ab hostibus capi dicuntur, quę bello primùm capiuntur.

Itaque dum Labeo *in l. nostra* respondet ea, quæ ex hostibus capiuntur, in præda esse, non postliminio redire, intelligit de his, quę primùm eo bello capiuntur: supponit tamen aliud bellum præcessisse, post quod facta sit pax, quia alioquì nulla posset de iure postliminij esse dubitatio: Et ità Labeonem esse intelligendum, probant verba, quę sequuntur; Dum enim Paulus Labeonem reprehendit, & ostendere vult Labeonis dictum non vsquequaque verum, sed aliquam pati exceptionem, exceptionem affert in eisdem terminis, videlicet de re à nobis primo bello capta, post quod pax intercesserit; Indè cum ea ad hostes peruenisset, resuscitato bello, rursus à nobis capta
13 est; Cum autem † exceptio debeat esse de regula *l. nam quod liquidè §. penult. ff.* de

de pen. leg. intelligimus in eisdem terminis Labeonem regulam constituisse: Preterea, si Labeo intellexisset de his, quæ ex hostibus recipiuntur, cum Paulus notasset, quod falsum, & contrà Iuris Consultor. commune placitum respondisset, & non eo duntaxit casu ab eodem allato, regulam illam non procedere monuisset.

1 Eo autem posito, Labeonem loqui de captis primum secundo bello, ante quod media pace aliud bellum præcesserat, certissimum est illius responsum, certissima reprehensio Pauli. Dicebat Labeo, capta in secundo bello non redire postliminio, sed in præda esse: reprehendit hoc dictum Paulus, quòd ità generaliter prolatum verum non sit; Verum quidem esset in his, quę nobis ab hostibus essent erepta primo bello, quæ si à nobis secundo bello capta sint, postliminium non habent, vel veteri domino non restituuntur; Sed tamen falsum est in his, quę tempore pacis ad hostes peruenissent: cum enim ea habeant postliminium tam in pace, quam in bello, vt suprà de liberis hominibus probauimus, consequens est, bello capta prioribus dominis esse restituenda: exemplum ponit Paulus in eo, qui à nobis primo bello captus est, & sic seruus noster effectus est: si is facta pace ad suos fuerit, reuersus, & rursus excitato bello, à nobis captus fuerit, priori domino restituendus est, nec in prędą esse debet: nisi tamen in pace conuenisset captiuos reddi, vt subijcit Paulus, quia hoc casu, ius omne primus dominus amisisset ex pactis, & fędere, quod ideò iure postliminij nullum recuperare posset.

Ad l. Sed si meis 26. in princ. ff. de acqu. rer. dom. Cap. XXX.

SVMMARIVM.

Noua species, cui acquireretur, olim diuersa fuerunt sententia n. 1.

Media sententia obtinuit. n. 2.

Quę sæpius ad sua principia redire possunt, ea materia potentia victa; nunquàm vires eius effugiunt. num. 3.

Nauis carina causam sequitur. n. 4.

Doctorum ad textum communis expositio. n. 5.

Reprobatur. n. 6.

Textum Author explicat. n. 7.

Vendita naui, tabulis euictis, de euictione venditor non tenetur. n. 8.

1 CVm † quis ex aliena materia nouam speciem fecisset, dubitabatur apud veteres Iuris Conf. quis dominus nouę speciei esset, an materię dominus, an ille, qui nouam effecisset speciem; Proculiani existimabant semper nouam speciem efficienti acquiri, quia quod ante nullius fuit, occupanti conceditur *§. ferę inst. tit. de rerum diuis:* At species hæc nunc primùm facta, nullius antea fuit, ergo occupanti, idest efficienti est concedenda; Sabiniani è contra magis naturalem rationem efficere putabant, vt qui materiæ dominus fuisset, idem eius quoque speciei, quę ex illa materia effecta esset, dominus esset, quia sinè materia nulla species effici posset, vt æquum sit nostrum esse, quod ex re nostra superest *l. adeò §. cum quis ff. de acqu. rerum dom. §. cum ex aliena inst. tit. de rer. diu.* Sed † obtinuit media quędam sententia distinguentium, an ea effecta esset species, quę ad priorem, & rudem materiam redigi posset, vel ea, quę ad pristinam materiam non posset redire: Primo casu, voluerunt eum dominum manere, qui materiæ dominus fuisset, quasi semper ea materia mansisset; Secundo verò casu quasi materia periérit, voluerunt dominum effici illum, qui nouam effecit speciem *d. l. adeò §. cum quis, & dicto §. cum ex aliena de rerum diuisione;* eaque ratione moti fuerunt mediam istam sententiam inducentes, quia ea, † quæ talis naturæ sunt, vt sæpius ad sua redigi possint initia, ea (inquam) materię potentia victa, nunquam vires eius effugiunt *l. quæsitum 9. illud ff. de leg. 3.* ex his vero erciscundis fuit Paulus, vt constat *ex l. omnibus 24. ff. de acqu. rerum domin.*

Vndè dubitari maximè potest, qua ratione ipse idem Paulus responderit in

l. nostra, quam explicamus, si ex meis tabulis nauem fecisses, tuam nauem esse ea ratione motus, quia cupressus non maneret sicuti, nec lana vestimento facto, sed cupresseum, aut laneum corpus fieret; Cum enim nauis ex his speciebus sit, quæ possunt ad sua principia redigi, aut saltem carina, cuius† causam tota nauis sequitur
4 *l. Minicius ff. de rei vindicat.* (potest enim carina ad tabulas redire) videtur dicendum, imò nauem eius manere, cuius fuerunt tabulæ.

5 Doctores, † vt difficultatem effugiant, dicunt ponendum esse nauem factam ex cupressu arbore, ità vt ab eodem, qui nauem fecit, fuerit cupressus arbor dissecta, quo facto statim atque arbor dissecta fuit, dominium est ei, qui dissecuit, quęsitum, ea ratione, quia tabulę non possunt amplius ad arborem reuerti; Itaque dicunt DD. abusiuè dixisse Paulum tabulas meas fuisse, cum imò illę statim atque arbor fuit dissecta effectę eius fuerint, qui dissecuit, & postea nauem fecit.

6 Sed †communis ista responsio, quam etiam sequitur Donellus *Commentarior. Iuris Ciu. lib. 4. cap. 12.* est absurdissima. Quis enim credat Paulum, qui quærit expresse, an nauis facta ex meis tabulis, tua fiat, meas tabulas dicere, quę tuę sint? Quę nam esset ratio dubitandi, nauem ex tuis tabulis factam à te, tuam esse? Cur eam redderet Paulus rationem, quia cupressus nõ maneret, sed cupresseum corpus factum esset? Non ne & mea nauis esset ex meis tabulis facta à me ipso, quamuis cupressus maneret? Sicuti nemo dicet, statuam, quam ex meo argento ego ipse feci, meam non esse. Et verò, si volumus Paulum non tam de tabulis quæsiuisse, & eorum dominio, quàm de arbore ipsa, quid opus erat quæstionem prop onere de nau? Debuerat quærere, an si ex arbore effectæ essent tabulæ illę, efficienti acquirerentur: nam si ad arborem referamus rationem, quam adfert Paulus, cur scilicet illa effecta fuerit eius, qui nauem fecit, inepta omnino est, eam enim reddit rationem, cur dominus sit effectus, qui nauem fecit, *quia cupresseum corpus factum est*: non hæc ratio reddenda fuit, si de arbore quæsiuit, & decidere voluit Paulus, sed illa, quia tabulæ dissectæ ad arborem redire non possunt.

Constat igitur manifestè eo casu respondisse Paulum, quo tabulę meæ fuerint, & ex illis à te nauis fuerit effecta, existimat enim tuam nauem fieri, quamuis ex meis tabulis compactam, ea ratione, quia cupressus non maneret, sed cupresseum corpus factum esset.

Sed qua igitur ratione nauis, quæ ad tabulas redire potest, tua fit? potius videtur dicendum meam manere ex suprà traditis.

7 Ego † existimo ei, quod dicitur, speciem illam, quæ ad primam materiam redire potest, non acquiri efficienti, sed manere eius, qui dominus materię fuit *l. adeò §. cum quis ff. de acqu. rerum dom. §. cum ex aliena inst. tit. de rer. diu.* addendum aliquid esse *ex l. in omnibus ff. de acqu. rer. dom.* nam Paulus *in d. l. in omnibus* mediam illam statuit sententiam, quę in dd. iuribus refertur duntaxat; Itaque videndum, quomodo locutus sit Paulus, qui hanc mediam sententiam constituit. Paulus autem ad hoc, vt species noua maneat illius, qui dominus est materię, illud requirit, *vt manente materia, sola species mutata sit*; Non ergo sufficit, vt species ad sua principia possit redire, sed pręterea requiritur, vt materia maneat, eo enim casu dici potest materiæ potentia victam, nunquam vires eius effugere *l. quęsitum §. illud ff. de leg. 3.* Ergò in proposito, quamuis nauis ad tabulas possit reduci, tamen respondet Paulus nauem, quam ex meis tabulis fecisti, tuam esse: Non eam reddit rationem, quia ad sua principia redire non potest; sed illam, quia cupressus non maneret cupresseę scilicet tabulę, de quibus quæsierat, quæ informes, optima ratione, nomine materiæ possunt nuncupari; Potest quidem nauis ad tabulas redire, sed non est hoc satis, vt dicamus nauem manere illius, qui dominus tabularum fuit, requiritur pręterea, vt tabulę, vt materia maneat: At tabulę non manẽt, naui facta, ergò nauis efficiẽti acquiritur: ratio autem, cur tabulæ, facta naue, non maneãt, ea est, quia ex tabulis illis, quędam resultat vniuersitas, quæ tabulas absorbet, & facit,

ne

ne maneant; non enim tabulæ considerari possunt, quin nauis corruat, imò cum nauis fit, tabulæ pereunt, nec considerari possunt, dum manet nauis: Nauis enim est vniuersitas quędã, quę à tabulis distinguitur *l. rerum mixtura 30. ff. de vsucap.* & sicuti dum manent ędes, non possunt cæmenta, & singulę aliæ res considerari, quæ nec possideri intelliguntur *l. eum qui ades 23. ff. de vsucap.* Ità manente naui, tabulæ, ex quibus compacta est, considerari non possunt: &
8 † hac ratione, si empta naui, emptor sibi de euictione per stipulationem cauerit de tabulis euictis, venditor non tenetur *l. naue 36. ff. de euictionib.*

Dices idem euenire in auro, & argento, aliaue simili materia, si ex ea fiat statua, vel quæ alia species: nam & hic, si aurum, vel argentum consideretur, statua considerari non potest, & è conuerso: ergo nunquam species, quæ potest ad sua principia redire, manebit eius, qui materiæ dominus fuit: Respondeo posse me statuam considerare, & eodem tempore aurum, vel argentum, ex quo statua facta est; Licèt statua maneat, suum habet vsum aurum, vel argentum, parum enim interest sub hac, vel sub illa sit figura, semper enim aurum, semper argentum est, nec substantiam suam mutat: Non sic manente naue possumus tabulas considerare; Dum nauis est, tabulæ non sunt, nec suum vsum habent tabulæ, Manet quidem lignum facta naue, quia ligneum corpus factum est, vt dicitur *in hac l. nostra*; Sicuti facta Statua, manet argentum, vel aurum, sed non manent tabulæ, nec manet tabularum vsus; Facta statua, sufficit argentum manere, cui omnis figura est accidentalis, quia sub omni figura semper argentum est, & semper eadem illius substantia considerari potest, considerari potest idem vsus.

Ad legem Minicius ff. de rei vindicat. Cap. XXXI.

SVMMARIVM.

QVI nauem fecit ex aliena materia dominus non fit. num. 1.
Refertur communis expositio ad l. Minicius. num. 2.
Reprobatur. num. 3.
Refertur sententia Cuiacij. num. 4.
Reprobatur. num. 5.
Refertur expositio Antonij Fabri. num. 6.
Reprobatur. num. 7.
Authoris sententia adfertur. num. 8.

ADuersus ea, quæ diximus præcedenti capite, videtur obstare *l. Minicius ff. de rei vindicat.* Vbi
1 † distinguitur multum interesse, vtrum dominus nauis eam ex aliena materia refecerit, an verò primùm fecerit: si refecerit idem dominus nauis, qui antea fuerat, manet etiam post refectionem: si verò ex aliena materia nauem fecerit, respondet ex Minicio Iulianus efficientem dominum non fieri, cum tamen præcedenti capite probatum fuerit, nauem, tanquam nouam speciem efficienti acquiri.

2 Glossa, † & Doctores communiter intelligunt *in l. sed si meis 26. ff. de acqu. rer. dom.* quam suprà explicauimus, eum, qui fecit nauem, arborem alienam dissecuisse, & tabulas fecisse, quæ, quoniam ad arborem rursus redire non possunt, factę sunt eius, qui dissecuit, & postea nauem fecit, qui dominus nauis efficitur, non tam quòd nauē fecerit, quàm quòd ex arbore, tabulas dissecuerit: Quod autem dicitur *in l. Minicius*, eum, qui de nouo nauem facit ex aliena materia dominum nauis non fieri, intelligunt ità, vt iste de tabulis alienis iam à domino dissectis, nauem fecerit, qui nauem faciendo, non potest illius dominus fieri, quoniam nauis potest ad tabulas, & ad sua principia redire: ergo ea species est, quę secundum distinctionem receptam, efficien-

efficienti non acquiritur: Quod itaque Iulianus notat, referunt Doctores ad primum Minicij dictum nempe, vt Iulianus notet, & animaduertat primũ Minicij dictũ verum esse, videlicet eum, qui ex aliena materia nauem suam reficit, dominum manere, cuius rationem idem Iulianus reddit eam, *quia proprietas totius nauis carinæ causam sequitur*; Reprobatur
3 † hæc responsio ex dictis in capite præcedenti, nam falsum est, eum, qui ex alienis tabulis etiam dissectis nauem componit, dominum non fieri: imò enim ostẽdimus dominum ipsum fieri, & omnino improbabile est, verba Iuliani ad primũ dictum referenda, & legis verba, & res ipsa repugnant.
4 Doctissimus † Iacobus Cuiacius, & *ad d.l. Minicius, & ad l.habitator 59. ff. de rei vindicat. in comment. ad eum tit.* existimat Minicium, & Iulianũ Sabinianos fuisse: cum autem Sabiniani in ea essent sententia, vt materiæ dominus speciem etiam ab alio factam acquireret, quia noua species indistinctè domini materię fieret, non mirum, si responderint nauem ex aliena materia factam, materiæ domini esse, & non efficienti acquiri: At Paulus, qui fuit ex illis, qui mediam sententiam fuerunt sequuti, vt scilicet species maneret domini materię, si ea ad sua principia posset redire, secus, si non posset *l. in omnibus ff. de acqu. rer. dom.* respondet *in d. l. sed si meis* nauem ex aliena materia factam acquiri efficienti ea ratione, quia ad pristinam materiam, & ad arborem redire non potest.
5 Probabilis † videtur viri doctissimi traditio, sed tamen nobis non licet, si fieri possit, vt aliqua ratione Iuris Consulti dicta componantur, fateri contraria in iure nostro fuisse relata; cum id expressè compilatoribus prohibuerit Iustinianus: Et præterea videri potest tempore Iuliani, iam Proculianorum, & Sabinianorum, media illa sententia recepta, dissidium compositum, sed specialem fuisse dubitandi rationẽ in naui, vt existimat Antonius Faber *lib.6. coniect.cap.15.*
6 Ipse † Igitur Antonius Faber, *& d. cap.15. & ad d. l. Minicius ff. de rei vindic. in rationalibus* subtiliter considerat aliam rationem constituendam nauis, aliam cęterarum rerum ex aliena materia factarum, nauis non est, priùs quàm totam speciem, & formam nauis habuerit: forma enim dat esse rei. *l. Iulianus § si quis rem ff. ad exhib.* non potest autem, nisi tota inducta rem constituere: Cum autem nauis à carina incipiat, priùs est, carinam esse, quàm nauem: At quia carina, cum nondum nauis sit, veteris domini manet, quia nondum noua inducta forma est: & receptum est, omnia addita, & coniuncta carinæ eiusdem carinæ causam sequi, & carinæ cedere; ideo consequens est, nauem etiam ad priorem materię dominum pertinere.
7 Cæterum † & ipse Faber admittit à Paulo Minicium, & Iulianum dissentire, quod dicendum non est; neque illud admittendum, quod dicit carinam dominĩ materiæ esse, quia nondum nauis inducta forma est: quamuis enim nondum sit nauis, est tamen carina, quę carina intelligi non potest esse, manentibus tabulis: aliud enim tabulę; aliud carina est, sicut aliud tabulę, aliud armarium; & licèt carina facta, nauis forma inducta nõ sit, est tamen inducta forma carinę, ità vt carinam tanquam nouam speciem sibi efficiens acquisierit.

Reiectis igitur aliorum interpretationibus, superest, vt meam sententiam
8 proferam: Ego † igitur existimo sententiam eius legis hanc esse. Minicius interrogatus, si quis nauem suam aliena materia, aliqua ex parte refecisset, num nihilominus eiusdem nauis maneret, respondit manere *sed si in ędificanda ea idem fecisset non posse*: Hæc vltima verba indigent declaratione; Animaduertendum est in primo responso supposuisse Minicium, eosque, qui illum interrogarunt dominum nauis, qui scilicet nauem iam factam habebat aliqua ex parte, nauem iam existentem refecisse; Dum itaque subijcit Minicius *sed si in ędificanda ea idem fecisset*, intelligendus Minicius de eo, qui nauem suam ædificabat, & aliqua ex parte ędificatam habebat, cui partem aliquam adiecit, ex aliena materia, alioquin non posset dici, hunc ędificantẽ

idem

idem fecisse; Primus, qui refecit, ex parte refecit, quod tunc antea erat: si volumus, secundum, qui ædificauit, idem fecisse, quod primus fecerat, necesse est, & secundum ex parte fecisse, quod suum antea erat, & partem ei rei adiecisse, quę sua antea erat; Confirmatur hæc expositio ex eo, quia in eo textu quæritur an dominus maneat, qui antea erat, an dominus maneat totius, videlicet etiā partis adiectæ, ille, qui ante adiectam partem dominus erat; & de reficiente respondetur manere; de ędificante respondet Minicius *non posse* idest (pro vt necessario ex præcedentibus verbis supplendum est) non posse manere; dum ergo respondet Minicius, eum, qui ædificat ex aliena materia, non posse manere dominum, supponit dominum illum antea fuisse alicuius partis nauis; Alioquin, si eo casu respondisset, quo ex aliena materia totam nauem quis ædificasset, incptè responderet, non posse, illum manere dominum, qui dominus nunquā fuit: sed debuisset respondere, non posse illū dominum fieri; Ergò constat euidenter Minicium intellexisse, eum, qui ædificat, & tunc primùm nauem constituit, si nauim aliqua ex parte constitutam habeat ex propria materia, cuius dominus sit, eique partem ex aliena materia adijciat, huius quoque partis dominum non esse, & sic non posse dici manere, pro vt dictum fuerat de reficiente: Supponit ergo Minicius etiam ædificantem, partem saltem aliquam nauis propriam habuisse, & respondet, hunc adiectæ ex aliena materia partis dominum non fieri: Et hæc forsitan erat ratio Minicij: Si quis nauim suam reficiat ex aliena materia: aliena illa materia iuncta naui, eidem cedit *l. sed si meis §. 1. ff. de acqu. rer. dom.* Itaque qui dominus antea nauis fuerat, eiusdem nauis, quæ eadem mansit, nec alia ex ea adiectione, & refectione effecta est, dominus manet: At si ponamus aliquem nauem ædificare, & partem aliquam ex propria materia factam habere, si is ei parti aliam partem addat ex aliena materia, videtur partem acquirere non posse, quam ex aliena materia fecit, quia, vel eam per se consideramus, & cum per se noua species non fit, non potest efficienti acquiri; vel volumus eam cedere Naui, vt dicebatur in naui refecta, & neque istud dicere possumus, cum ex supposito, nondum nauis sit, partem enim duntaxat nauis factam à domino ex propria materia supponimus: ergo pars illa ex aliena materia adiecta, nullo modo dici poterit ædificantis esse.

Minicium Iulianus notat, idest reprehendit, redarguit, recedit ab illius sententia, hoc vltimum dictum non probat, distinctionem illam non recipit inter reficientem nauem, & ædificantem iuxta casum supra positū; sed indistinctè vtroque casu existimat respondendum partis ex aliena materia additæ dominum esse eum, qui, vel nauis, vel alicuius eiusdem nauis partis, dominus fuerat; Mouetur ea ratione, *quia proprietas totius nauis, carina causam sequitur*. Sensus Iuliani hic est: Ponit Minicius, eum, qui aliqua ex parte ex aliena materia nauem facit, antea partem factam habere propriam, & ex propria materia: ergò saltem factam ille habebit carinam, à qua nauis cōstructio incipit: ergò & iste cuiuslibet partis carinę iunctæ dominus manebit, quia quæcumque pars cedit carinę, & proprietas totius nauis ad eum spectat, qui carinæ dominus est.

Ex his constat *in l. Minicius*, non disputari de dominio acquirendo, vel non, ratione alicuius speciei ab efficiente inductę, sed disputari de cessione, & an dominium ratione cessionis acquiratur, vel non; Itaque constat hanc legem nihil commune habere, cum *d. l. sed si meis in princ. ff. de acq. rer. dom.*

Explicatur l. absenti 10. l. qui mihi donatum 13. ff. de donat. Cap. XXXII.

SVMMARIVM.

Dominium acquiritur absenti domino, & ignoranti, si res tradatur seruo, vel eius procuratori eo animo, vt domino acquiratur, licèt seruus, vel procurator acquirere nolit. num. 1.

In do-

In donatione necessarius consensus est donantis, & donatarij. num.2.

Ignorans consentire non potest. num.3.

Seruus quicquid acquirit, domino acquirit etiã ignoranti, & inuito. num.4.

Si seruo quid tradatur, ipse verò extraneo velit acquirere, nihil agitur, & domino res non acquiritur. num.5.

Si seruus extraneo stipuletur, dominus non acquirit. num 6.

Explicatur l.absenti ff.de donationibus. num.7. & seq.

Qui seruo scribit, vt liber fiat, non ante vult liberum fieri, quàm ille epistolam acceperit. num.8.

Si quis mandauerit Titio, vt Seium in vacuam possessionem inducat, non potest Seius propria authoritate possessionem occupare, quin prædo sit, & iniustus possessor. num.9.

Explicatur l. qui mihi donatum ff. de donat. num.10. & seq.

Nemo alteri stipulari potest. num.11.

Seruus plurium dominorum, si velit vni acquirere, quod non potest, acquirit his, quibus res quari potest. num.12.

Seruus, qui ei domino stipulatur nominatim, cui acquiri res non potest, alij condomino eius rei capaci acquirit. num.13.

Traditur alia expositio ad d. l. qui mihi donatum. num.14. & seq.

Tradita res mihi videtur, quæ alij meo nomine accipienti tradita est. num.15.

Et mihi acquiritur, licèt accipiens animum interuertendi habeat. num.16.

Possessionem per liberam personam acquirere possumus etiam ignorantes. num.17. & qua ratione ibidem.

Per procuratorem acquirimus occasione possessionis, etiam proprietatem, & quando. num.18.

Explicatur l.si ego ff. de neg gest. num.19.

Negociorum gestor interdum procurator vocatur. num.20.

Explicatur l.si me in vacuam §.1.ff. de acqu. poss. num 21.

Explicatur l.Falsus §.1. ff. de furtis. num.22.

1 DVrum † semper mihi visum fuit, quod responderi videtur *in l. absenti, & l. qui mihi donatum ff. de donat.* dominium in me etiam ignorantem transferri, si res tradatur seruo, vel procuratori meo eo animo, vt mihi acquiratur, quamuis seruus, vel procurator eo animo sit; ille, vt alij acquirat, non mihi: iste verò, vt acquirat sibi; Illud enim capere non possum, qua ratione fieri possit, vt quis ignorans, & non consentiens dominium ex donatione acqui-
2 rat, cum † certum sit, in donatione consensum esse necessarium, non solum donantis, sed, & donatarij *l. hoc iure §. non potest ff de donat.* In omnibus enim rebus, ex quibus dominium transfertur, concurrere oportet vtriusque partis affectũ; vt dicitur *in l. in omnibus ff. de act. & oblig.* vbi in specie exemplum de donatione adfertur: In casu verò proposito, neque adest consensus domini, qui ignorat;
3 Ignorans † enim consentire non potest *l. in totum 76. ff. de reg. Iur. l.2. ff. de Iudicijs, l. sed hoc ità 20. ff. de aqua plu. arc. l. & si consensum 15. §. fin. ff. de contr. empt.* Neque consensus serui, vel procuratoris, qui vt supponitur, nolunt domino acquirere: ergo dicendum esset dominium sine cõsensu domini acquiri non posse; nec sufficere voluntatem transferre volentis; Et tamen contrarium in dd. iuribus respondetur.
4 Addi † potest, seruum quidem, quicquid acquirit, domino acquirere, & non solum ignoranti, verum etiam inuito. *§. item vobis inst. tit. per quas personas cuique acquiritur l seruus vetante ff. de verb. oblig.* Cęterùm hæc acquisitio, vt intelligitur *ex d. §. item vobis* contingit necessitate iuris; cum enim seruus quidquam habere non possit, necesse est id, quod seruus acquirit, eodem momento in dominum transire: Quòd si seruus animum acquirendi non habeat, nec ipse acquiret, nec ex ea necessitate dominus;
5 Ergo † si quis tradat rem seruo, qui nolit acquirere domino, sed extraneo, extraditione illa dominus non acquiret *l. per seruum § quod vnius ff. de acqu. rer. dom.*
6 Sicuti † nec dominus acquirit, quod nominatim extraneo seruus stipulatur *l. Seruus 30. ff. de stip. seru.* Si igitur ex persona serui dominus non acquirit, vbi deficit in seruo voluntas acquirendi, quomodo fieri poterit, vt acquirat dominus ignorans ex persona propria ex sola tradentis

dentis voluntate? Profectò, id fieri nullo modo posse ex istimo: ideo textus à nobis explicandos, non ità accipiẽdos, vt communiter à Doctoribus intelliguntur, vt in illis decidatur dominium ignorantem ex sola tradentis voluntate acquirere dominum, si seruo eius tradatur res, vel procuratori, qui domino acquirendi voluntatem non habeat, quoniam id vtique esset absurdissimum & Iuris principijs repugnans.

Omnis tamen difficultas est in dd. Iuribus exponẽdis, in quibus, illud videtur apertè respõderi: sed animaduertẽdũ est.

7 Quantum † attinet *ad l. absenti* nullo modo ex eo textu conuinci nolente seruo dominium rei traditæ domino acquiri: Habetur ibi etiam absenti donari posse, vel ità, si rem quis tradat alicui, vt absenti perferat, vel si donans iubeat absenti, qui rem ex causa depositi, vel alia quacumq; apud se habeat, sibi ipsi rem eãdem habere, sed statim subijcitur, non antè absenti rem donatam acquiri, quàm ipse sciat rem sibi donatam, quam apud se habet, vel missam ipse receperit. Additur idem esse, etiam si res tradita sit seruo, domino perferenda, nam & eo casu, res non prius domini fit, quàm illam ipse idẽ receperit: Quę omnia optimè, & ex iuris principijs procedunt; Negocium duntaxat facere posse videntur vltima verba illius textus: Cum enim dixisset Iuris Consultus etiam rem traditam seruo, domino perferendam, non prius domini fieri, quàm illam receperit, eam subijcit declarationem, siuè limitationem, *nisi ea mente seruo eius data fuerit, vt statim eius fiat*: quo casu, omnibus iunctis, intelligimus statim rem seruo traditam, absenti, & ignoranti ex sola tradentis voluntate acquiri.

Verùm rectè quidem ex eo textu colligimus, rem datam seruo ea mente, vt statim domino acquireretur, domino statim acquiri: sed illud vitiosè, aut saltem non necessariò ex sola tradentis voluntate absentem statim dominium acquirere: exceptio enim illa, quæ in vltimis illis verbis adijcitur, non eò pertinet, vt intelligamus primo casu, quando res datur perferenda seruo, domini scientiam, & consensum requiri: secundo verò casu, quando ea mente datur, vt statim acquiratur, eiusdem domini consensum non requiri: sed imò eò pertinet exceptio illa, vt intelligamus, quamuis regulariter dominus per seruum etiam ignorãs (per seruum scilicet ei acquirere volentem) acquirat, tamen quandò res traditur seruo, domino perferenda, dominum nõ nisi volentem acquirere, & non nisi tunc, quando rem receperit; At verò statim per seruum acquirere, si non perferenda res tradatur, sed ea mente, vt statim domino acquiratur: eo enim casu statim dominus acquirit, suppositis tamen terminis habilibus, & supposita serui volũtate domino suo acquirendi: Hoc secundo casu seruus volens statim domino acquirit: illo primo, & si maximè velit, non acquirit, sed opus est, vt ipse dominus rem accipiat: ratio est, quia, qui seruo dat rem perferendam domino, non cũ seruo agere vult, sed cum domino, & seruus nudum ministerium facti præstat argumento *l. fin ff. quod iussu* & eo animo est, qui tradit, vt non prius velit dominium acquiri domino, quàm ipse rem acceperit, vt in

8 † simili respondetur *in l. qui absenti ff. de acq. poss.* Quamuis enim nuda voluntate possit dominus seruum suum liberum efficere *§. fin vbi notatur inst. tit. de libertin.* tamẽ, si epistolam ei mittat, eique scribat, vt in libertate moretur, non statim fit liber seruus, sed tum demum, cum per epistolam certior factus fuerit, quia videtur in tempus dominus libertatem destinare, qui epistolam mittere elegit, quo epistola à seruo sit recepta *d. l. qui absenti 38. ff. de acq. poss.*

9 Facit † quod dicitur *in l. fundi in princ. ff. eod. tit.* Iniustum esse possessorem illum, qui propria authoritate possessionẽ occupauerit, cum dominus ei vacuam tradi possessionẽ forte à Titio mãdasset, noluit enim dominus, antea fieri illum possessorem, & possessionem dimittere, quam à Titio traderetur: Sic ergo & in casu nostro, licèt tradens seruo, efficere posset, vt res statim domino illius acquireretur, si ea mente traderet, vt statim illa domino acquireretur, quia eo casu seruus accipiẽ illam statim acquireret, & per eum domi-

nus,tamen si rem tradat domino perferẽdam,ostendit nolle se statim domino acquiri,sed dominij translationem in id tẽpus differre censetur, quo dominus rem illam receperit;Cum itaq; hęc differentia assignetur *in d.l.absenti*, quę pẽdet ex voluntate,& animo tradentis, qui non antè vult dominium transferre, quàm res ad absentem peruenerit, nihil statuitur circa voluntatem recipientis,& de recipiente nihil deciditur; ergo in eo supponẽdi sunt termini habiles,videlicet,vt recipiẽs consentiat,quãdo scit, rem sibi donatam, vel missam accipit,& vt seruus domino suo velit acquirere, quando tradens ea mente dat, vt res statim domino serui acquiratur; Certè in eo textu nihil traditur de seruo, qui domino nolit acquirere: ergò id malè ex eodem textu colligimus.

10 Difficilior † est expositio *l. qui mihi donatum ff. eodem*, vbi qui mihi donatum volebat, tradidit seruo cõmuni meo, & Titij:Seruus accepit,vt acquireret Titio,vel etiam,vt mihi,& Titio, non vt mihi soli; Quęsitum fuit,quid Iuris;Responsum est mentem serui non esse attendẽdã,sed mihi rem totã acquiri exẽplo procuratoris, cui si res tradatur, vt mihi acquirat, ille, quasi sibi acquisiturus accipiat, nihil agit in persona sua,sed mihi acquirit.

Cogitabam an dici posset constituendam esse differentiam inter seruum, qui vult extraneo acquirere,& eum qui vult acquirere consocio,& condomino vni, quod ei qualibet de causa acquirere non potest: Si seruus stipuletur nominatim extraneo, nihil agit, nec acquirit extra-
11 neo,cui non potest: nemo † enim alteri stipulari potest *l. stipulatio ista §. alteri ff. de verb. oblig.* nec domino, cui non vult *l. non multum C. si quis alteri, vel sibi*, & textus est apertissimus *in l. seruus alienus 30. ff. de stipulat. seru.* Idem dicendum est in seruo, qui rem sibi traditam accipit, vt extraneo acquirat: is enim eadem ratione,nec domino acquirit, & textus est *in l. per seruum §. quod vnius ff.*
12 *de acq rer. dom.* At † si agamus de seruo communi plurium dominorum, si ipse velit vni ex dominis acquirere,licèt quacumque de causa non possit, tamen is acquirit alij domino, cui res acquiri potest ex veteri regula *l. si seruus communis ff. de auth. tutor. l. 1 § communis seruus, l. pronunc §. fin. & ll. seq ff. de stip. seru.* & ratio fortè esse potest,quia cum seruus vult vni domino acquirere,ad hoc,vt illi acquirat, vult ipse idẽ seruus acquirere, ergo, cum seruo acquiratur, qui nihil habere potest, transit potestate iuris id,quod acquiritur statim in eũ dominum, qui capax est ac-
13 quisitionis; Et † verò seruum ei domino acquirere, cui res acquiri potest, licèt nominatim fuerit, & condomino, cui acquiri non potest, stipulatus, respondetur *in l. item 9. ff. de stip. seru.*

Itaque dicere possemus textum *in l. qui mihi donatum* procedere, quia seruus in casu ibi posito, vult acquirere, sed vellet consocio, & condomino, non illi, cui donans vult acquisitum: Verùm, cum ei acquiri non possit, quoniam repugnat mens tradentis, qui vult dominium in alterum dominum transferre, consequens est, vt totum acquiratur ei, cui tradens vult acquiri.

Sed nescio an satis tuta sit hæc expositio: video enim multas difficultates aduersus istam posse excitari.

14 Itaque † securè magis dici poterit *in d. l. qui mihi donatum* supponendum sciuisse me,exempli gratia,Titium mihi donare velle, & ideo iussisse, vt seruo cõmuni meo, & Seij rem traderet, quo casu ego vtor seruo tanquam instrumento: & hoc casu, non mens illius, sed mea acquirere volentis est attendenda; Itaque siue seruus velit Seio condomino acquirere, siuè mihi, & Seio, ego rem totam ex voluntate mea acquiro; Id verò ità supponendum, non solum Iuris necessitas exigit, vt scilicet responsum illud iure procedat, verùm, & suaderi potest *ex l. per seruum §. fin. ff. de acqu. rer. domin.* vbi idem omnino casus ponitur, qui *in d. l. qui mihi donatum* duntaxat ibi additur iussisse me donare volenti, vt seruo communi traderet, ergo idem repetendum, & supplendum in nostro textu ex *ea l.* & præterea idem colligere possumus ex argumento, quo vtitur Iuris Consultus, nempè quia si procurator accipiat animo sibi acquirendi, nihil agit, sed domino acquiritur, in

quem

quē dominus voluit transferre, & ex hoc confirmatur, quod dictum erat de seruo, qui, & si animum domino acquirendi nō habuerit, sed alij, tamen in persona alterius nihil agit, sed dominium acquiritur ei, cui tradens acquiri voluit; At sicut procurator domino acquirit ex voluntate eiusdem domini, eiusq; consensu quia dñi procurator est, necessariò ponitur habere mandatum ad accipiendum nomine domini, nec vnquā domino acquirit procurator, nec possessionem quidem, nisi mandato præcedente: Ità ponendum est, vt benè comparatio procedat, præcessisse etiam mandatum, vt res seruo traderetur, quo casu non mirum, si dominus acquirat, etiam sine voluntate serui, quia ex proprio consensu acquirit.

Nec interest seruum animum mihi acquirendi non habere; procuratorem velle sibi, non mihi acquirere; cum enim res tradatur à donante eo animo, vt mihi acquiratur, ego etiam animum habeam acquirendi, dominium in me transfertur. Nec refert alij rem tradi, qui animū mihi acquirendi non habet, nam perindè est,
15 ac si res mihi tradita esset: Traditio enim in facto consistit, ideò per alium potest expediri, & videor ego accipere, quod alius nomine meo accipit *l. 3. §. fin. ff. de*
16 *donat. inter virum, & vxorem* quamuis †, is, qui nomine, & iussu meo accipit, animo interuertendi accipiat, nam adhuc eo animo non obstante, dominium ego acquiro *l. si iussu 45. ff. de furtis.*
17 Animaduertendum† namque est, licèt vtilitatis gratia receptum dicatur posse nos per liberam personam acquirere possessionē, etiā ignorantes *l. 1. C. de acq. poss.* tamen & id ex iuris prudentia esse, vt ibidem dicitur: Nā cū dicimus procuratorem, intelligimus eū, cui mandauimus illud negociū expedire, siuè specialiter, siuè saltem generaliter, generalem ei mandādo administrationem, iuxta textum *in l. vera ff. de solutionibus.* Si ergò procurator possessionem apprehendat, licèt nos apprehensam ignoremus, tamen, cum animum habeamus, quandocumque apprehensam acquirendi, & nobis habendi, statim ex nostro animo, eam acquirimus, nisi fortè aliquid obstet.

18 Et non solum per procuratorem acquirimus possessionem, verum etiam proprietatem, si proprietas à possessione separari non possit *l. per procuratorem 8. C. de acqu. poss. § ex his itaque instit. tit. per quas pers. cuique acqu.* Idest, si is, qui possessionem transfert, sit etiam dominus, & dominium quoque velit transferre, & nulla causa sit, cur possessio separetur à proprietate: Eo casu non solum possessionem acquirimus, sed, & proprietatem; & sicuti possessionem nostro animo acquirimus, vt nunc explicauimus, ità eadem ratione, & nostro animo acquirimus proprietatem.

Cęterum fieri potest, vt separanda sit à possessione proprietas, puta si tradens vellet proprietatem transferre in ipsum procuratorem, hoc enim casu, & si maximè procurator velit, non potest proprietatem domino acquirere, quia deficit voluntas tradentis, & ipse procurator non potest sibi acquirendo, acquirere domino, pro vt potest seruus, sed duntaxat potest domino proprietatem acquirere occasione possessionis: verum hoc casu domini tradentis voluntas separat à possessione dominium, & proprietatem; Requiritur ergo, vt occasione possessionis & proprietatem dominus acquirat, rem traditā procuratori eo animo, vt domino acquiratur, *nomine Domini*, vt dicitur *in l. si procurator 13. ff. de acqu. rer. dom.* hoc casu domino ignoranti, & possessio, & proprietas acquiruntur, dummodo illud negocium sit expeditum mandato domini, vt dicitur *in eadem l. si procurator:* Ex eo enim mandato habet dominus animum acquirendi, quandocumque res transferatur: ergo, & si ignoret nunc translatam esse, eam tamen acquirit, quia animum acquirendi habet, & nihil deest, quod acquisitionem impediat.

Rursus à possessione proprietas separatur, si tradēs procuratori eo animo tradat, vt domino acquiratur, ipse verò procurator eo animo accipiat, vt sibi, & possessionē, & dominium acquirat: nā hoc casu procurator sibi possessionē acquirit, sed dominiū acquiritur domino; Possessionem sibi procuratorem acquirere probat textus *in l. prima §. per procuratorē ff. de*

acqu. poss. ratio autem est, quia possessio facti est, & in facto consistit, & rei potestate *l. 1. §. adipiscimur §. si vir uxori ff. de acqu. poss.* Non habet autem rei illius dominus potestatem, quam sibi procurator, non domino tenet: Procurator verò, cum & in potestate sua rem habeat, & simul possidendi affectum, nihil obstat, quo minus possideat: Dominium autem non ipsi procuratori acquiri, sed domino probatur *ex d. l. qui mihi donatum ff. de donat. l. per seruum §. fin. ff. de acqu. rer. dom.* Et ratio est, quia in dominio acquirendo vtriusque, & transferentis, & eius, in quem transfertur, consensus requiritur, qui quidem adest in transferente, vt supponimus: in domino etiam, qui, cum mandauerit negocium illud, animum habet acquirendi, vt suprà diximus: ergò dominium transfertur, & domino acquiritur, non procuratori, quia quo ad procuratorem deest consensus tradentis; Requiritur prętereà in dominio transferendo traditio, & traditio etiam adest; ergo nihil omnino deest; Nec quid obstat, quòd is, cui res traditur, habeat animum nobis interuertendi possessionem, nam dominium ipso instanti, quo res traditur, domino acquiritur, nec interuersio illa possessionis impedit, quo minus dominium acquiratur, vt probat apertissimè textus *in l. si iussu 45. ff. de furtis.*

Ex dictis itaque constat, siue agamus de seruo, siue de procuratore, cui res nostro nomine tradatur, siuè ille, siuè iste animum nobis acquirendi non habeat, tamen nobis dominium acquiri etiam ignorantibus, volentibus tamen, quia ponendum est pręcessisse mandatum, vt explicauimus;

Sunt tamen aliqua, quæ aduersus prædicta obstare videntur, & Primo† *l. si ego*
19 *ff. de neg. gest.* vbi si quis soluat procuratori, vt pecunia creditoris fiat, non tamen ea creditori acquiritur, nisi solutionem ratam habeat: Sed benè hanc difficultatem cõmuniter resoluunt DD. qui dicũt textũ illum loqui de eo, qui negociis domini se obtulit sinè mandato, vel qui procurator quidem erat, sed ad illud negocium, ad solutionem illam recipiendam,
20 nullum habebat mandatum, qui † tamen interdum procuratores vocantur *l. si quis offerenti 58. ff. de solut. l. comunis 42. § 1. ff. de acqu. poss.* Alioqui, si verè procurator fuisset, & sufficiens habuisset mandatũ, statim domino acquisiuisset, nec opus fuisset ratihabitione; maximè, cum ibi supponatur procurator nomine domini accepisse, & eo animo, vt domino acquireret.

Secundò videtur obstare *l. res ex mandato ff. de acqu. rer. dom. & l. 2. C. de his, qui à non dom. man. sunt* vbi si res tradita sit procuratori, non antè domino acquiritur, quàm ei procurator tradiderit, ergo falsum est, quod diximus, statim eã rem domino acquiri, & (quod magis est) quãuis procurator habeat animum sibi acquirendi: sed benè similiter communiter respondent DD. ponendum in dd. iuribus, tradentem voluisse dominium in procuratorem trãsferre, & procuratorẽ etiam voluisse acquirere: quo casu verissimum est, non antè dominium acquirere dominum, quàm cum procurator, ei rẽ priùs sibi traditam, & acquisitam tradat.

21 Tertiò † obstat *l. si mè in vacuam §. 1. ff. de acqu. poss.* vbi si in re ipsa erret dominus, procurator non erret, acquirit tamẽ dominus per procuratorem possessionem: Redditur ratio, quia ignoranti, procurator acquirit, ergo, & erranti; In hoc casu non adest mandatum, nam mandauerat quis exempli gratia, vt procurator Sempronianum fundum acciperet, & compararet, traditur verò fundus Tusculanus, in quo non adest mandatũ, ergo sine pręcedente mandato, procurator acquirit ignoranti *in d. l. si me in vacuam §. 1.* Respondeo tamen in eo textu ponendum, procuratorem mandatum generale habuisse sufficiens ad acquirendam cuiuslibet rei possessionem, & sic, cum adsit animus domini per procuratorem ex qualibet causa acquirendi, licèt fortè deficiat speciale mandatum, sufficit illud generale, ex quo dominus potest acquirere, quia animum acquirendi habet.

22 Quarto † videtur obstare *l. falsus §. 1. ff. de furtis* vbi dicitur, soluẽte debitore, falso procuratori, vt pecuniam domino perferret, si procurator accipiat animo intercipiendi teneri furti; Redditur ratio, quia, cum

cum ipse procurator nomine domini nō acceperit, nūmi maneret debitoris, & contrectando eos, certū est, falsū procuratorē furtū facere: Ex quo textu colligitur, ideò manere nūmos debitoris, quia procurator, eos nomine domini non recepit, ergò si nomine domini recepisset eos, domino acquisiuisset, & tamen mandatum non præcesserat, ergo etiam ignoranti dominium acquiritur citrà mandatum; Rursus ex eo textu colligi videtur, etiam si dominus procuratori vero mandasset, vt pecuniam acciperet, non tamen eam ex suo animo acquirere, si falsò procuratori tradatur, qui eo animo non recipiat, vt illi acquirat: Respondeo rationem illam *cum procurator eos non eius nomine acceperit, cuius debitor eos fieri vult*, non eo respicere, nec ad illud referendam, vt intelligamus, cur nummi maneant debitoris, sed vt intelligamus debitori competere actionem furti: Nam si falsus procurator accepisset nomine domini, mansisset quidem pecunia debitoris, sed nulla facta interuersione, non competeret debitori furti actio, sed potuisset procurator creditori soluere: At verò, si animo sibi habendi procurator acceperit, statim furtum commisit, & cum maneant nummi debitoris, & sint contrectati, consequens est, furti ei competere actionem. Confirmatur hæc interpretatio, quia *in eo §. primo* ponitur tradita pecunia procuratori, vt eam perferat creditori, quo casu antequàm perlata sit, & tradita, dominium creditori non acquiritur *l. absenti ff. de donat.* Vndè non solùm dominium non erat acquisitum creditori, quòd pecuniam procurator nomine domini non accepisset, sed quia, etiam si animo domino acquirendi accepisset ex voluntate tradentis, non poterat dominium creditori acquiri, antequam nummi ad eum peruenissent, ergò ratio illa respicit eò, vt intelligamus non cur nummi maneant debitoris, sed cur debitori actio furti competat: Ad secundam ponderationem eadem potest esse responsio: Et præterea dici posset, etiam si proponeretur adesse mandatum creditoris factum vero procuratori, non tamen potuisse debitorem transferre dominium in creditorem, tradendo falso procuratori, quia scilicet, licet consensus adesset creditoris acquirendi, tamen is non sufficit, nisi traditio sequatur, quę sanè creditori facta censeri potest, si fiat eius vero procuratori, eius mandato, nō potest tamen intelligi facta creditori, si res tradita sit falsò procuratori, qui ad accipiendum nullum habet à creditore mandatum.

Explicatur l. Vir vxori 39. ff. de donat. inter vir. & vxor. Cap. XXXIII.

SVMMARIVM.

Proponitur quæstio, & decisio legis n. 1.
Dominium ex nuda voluntate transfertur. num. 2.
Explicatur l. 38. §. 1. ff. de solut. num. 3.
Furti actio marito, nec post diuortium competit, si vxor constante matrimonio subtraxerit. num. 4.
Affertur explicatio Cuiacij ad l. vir vxori ff. de donat. inter vir. & vxor. n. 5.
Reprobatur. num. 6.
Dominium etiam ex nulla, vel turpi causa transfertur, num. 7.
Explicat eam legem Author. num. 8.
Condictio indebiti in iure erranti non datur. num. 9.
Condictionem maritus aduersus vxorem non habet, nisi in subsidium. num. 10.

1 VIR † cum vxori donare vellet, iussit debitori suo, vt quod sibi deberet, vxori stipulanti promitteret, stipulatio interposita est: indè antequàm mulier pecuniam exigeret, diuortium factum est, quæritur, an mulier ex ea stipulatione agere possit: respondetur inanem fuisse illam stipulationem: Sed quæritur adhuc, quid dicendum, si promissor pecuniam soluerit, ignorans diuortium secutum, & sic reuocatam voluntatem à marito donandi? Respondetur *in hac nostra l.* si pecunia extet, vindicare eam debitorem posse, imò, si paratus sit, hanc vindicationem marito cedere, licet ipso iure non sit liberatus, tamen

tamen ope exceptionis posse se tueri; Quod si pecunia non extet, poterit maritus eam petere, quòd ex re ipsius, mulier locupletior facta sit,

Mirum videtur, quod in hac lege respondetur debitorem, qui ignorans diuortium factum esse, soluit mulieri, habere rei vindicationem; cum enim vo-
2 luerit dominium transferre, quod † ex nuda domini voluntate transfertur *§. per traditionem inst. tit. de rer. diuis.* & mulier voluerit illud acquirere, videri potest dominium translatum, & sic non posse debitori competere rei vindicationem; Vel si dominium non esset translatum, potius videtur dicendum competere non solam vindicationem, sed condictionem, etiam furtiuam, vt in eodem casu respondetur *in l. cum quis 38. §.1. ff. de solut.* maritus verò non solum posset, re non extante agere condictione, quòd mulier esset ex re ipsius effecta locupletior, sed imò furti agere posset, etiam re extante, quia mariti interesset, nummos interceptos non esse *d. l. cum quis §.1.*

3 Vt † hæc intelligamus, quę nullo modo Doctores nostri intelligunt, animaduertendum in primis est, vt benè ad Africanum animaduertit Cuiacius, *in l. cum quis 38. §.1. ff. de solut.* ponendum esse, debitorem soluisse vxori, non constante matrimonio, vt omnes Doctores communiter existimant, sed soluisse post diuortium secutum, & reuocatam donationem à marito, quo casu, mulier scienter contra voluntatem mariti accipiens lucrandi animo, furtum committit; Et quamuis nihil dicatur ibi de donationis reuocatione, satis tamen reuocata intelligitur, cum *in princ. eius §.* loquatur I.Cons. de solutione facta procuratori, reuocato mandato, deinde subiungit idem seruari, quando maritus vxori donaturus, iussit debitori, vt pecuniam vxori solueret, ergò ponendum æquè est, debitorem, reuocata donatione, soluisse; alioqui nec furtum faceret mulier accipiens ex tradentis, & mariti etiam donantis voluntate, cum furtum non fiat, nisi domino inuito *l. 1. ff. de furtis*; Et omninò necessarium est ponere post diuortium, pecuniam solutam, quoniam subditur *in eo §. 1.* competere marito furti actionem, cuius interest, interceptos
4 eos nummos non esse, Non † posset autem hæc actio competere marito etiam post diuortium, si factum furtum esset constante matrimonio *l. 3. ff. rer. amot. l. 2. C. eod.* ergo ponendum omninò est, solutionem, & pecuniæ interceptionem factam post diuortium; Itaque sensus eorũ verborum, quæ in textu videlicet *furti tamen actionem in proposito post diuortium, &c.* ille est *in proposito post diuortium* idest in proposito casu factæ solutionis post diuortium; vt enim paritas sit inter eos casus, qui comparantur *in d. §.1.* oportet sicut in primo casu procurator ille esse desierat, sic vxorem esse desiisse, quæ erat tempore mandatę solutionis; Quo casu ità recepto, ratio cur mulier teneatur, & actione furti, & condictione furtiua, licèt ex voluntate domini tradentis acceperit, ea est, quia debitor dedit vxori, quasi ea ex voluntate mariti, & eius nomine acciperet, & sic voluit dominium in maritum, & creditorem transferre, vt ab eo liberaretur, vt probatur *ex l. 3. §. fin. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Non potuit transferre in maritum, quia, reuocata donatione, cum nollet maritus amplius vxorem accipere, noluit per eã dominium acquirere, ergo nummi manserunt debitoris, quia noluit eorum dominium in vxorem transferre: cum itaque vxor eos nummos acceperit animo intercipiendi, non mirum, si condictione furtiua teneatur debitori tanquàm domino, & actione furti marito, tanquàm ei, cuius interest nummos interceptos non esse.

Sed cur igitur in eodem casũ *in l. vir vxori ff. de donat. inter. vir. & vxor.* vindicatio duntaxat competit debitori, si nummi extent, si verò non extent, marito sola competit condictio, ex eo quòd vxor facta fuerit ex re ipsius locupletior, non autem competit marito actio furti?

5 Doctissimus † Iacobus Cuiacius *ad Iulianum in huius legis explicatione* eam reddit rationem, cur vindicatio debitori competat, quia debitor soluit ex stipulatione inutili, & sic causa nulla, ideò do-

minium

6 minium non transtulit; Sed † falsum est, dominium non transferri ex causa nulla, nam ad dominium transferendum sola sufficit voluntas domini transferre volentis *§. per traditionem inst. tit. de rer.*
7 *diu.* Vnde † etiam ex nulla causa dominium transfertur, dummodo transferendi adsit voluntas, vt constat *ex toto tit. de cond. indeb.* & quamuis nullam, vel turpem etiam causam sciant, qui dant, & recipiunt, vt constat *ex toto tit. ff. de condict. ob turpem causam, & præcipuè probatur ex l. Auunculus §. ff. de condict. sine causa:* Nec satis a Cuiacio intelligimus rationẽ diuersitatis, cur *in d. l. cum quis §. 1.* competat debitori condictio furtiua; nõ autem *in hac nostra l.* & cur ibi marito actio furti concedatur, non autem hìc;
8 Itaque † pro explicatione huius nostræ legis animaduertendum est, casum non ita accipiendum, vt ponunt Doctores communiter, & ipse etiam Cuiacius, vt debitor post diuortium, reuocata iam donatione, ignorans diuortium factum soluerit, sed imo, vt debitor soluerit constante matrimonio: Casus hic est: Proponitur maritus donationis causa iussisse debitori suo, vt pecuniam, quam sibi deberet, vxori suæ, cui donatum volebat, promitteret. Debitor stipulanti vxori se se obligauit: Quæritur primò, an diuortio secuto, possit mulier aduersus illum debitorem agere, & respondetur negatiuè, quia scilicet inanis fuit obligatio *l. si sponsus §. si debitor ff. de donat. inter vir. & vxor.* Subdit I. Cons. *Sed si soluisset promissor mulieri ignorans.* quem versiculum accipiunt omnes de debitore soluẽte vxori secuto iam diuortio, & reuocata donatione; eodem tamen debitore diuortium ignorante, quo intellectu inextricabilis difficultas est.

Ego versiculum illum, & quicquid sequitur *in ea lege* accipio de debitore, qui soluerit iam vxori constante matrimonio, vt etiam optimè, & sine impressione ipsa verba intellectum hunc recipiũt: Mutat namque casum Iur. Cons. in illis verbis, *sed si promissor ignorans mulieri soluisset*, & ponit ante diuortium promissorem soluisse, vt ostendit verbum illud *soluisset:* Secum I. Cons. loqueretur de solutione facta post diuortium, potius diceret *sed si solueret*, Quicquid sit, saltem vtrique interpretatio commodè recipi potest: In ambiguo autem sermone, ea capienda est, quæ vitio caret *l. in ambiguo ff. de legibus.*

Dices nõ ideo, quòd textum intelligamus de debitore soluente constante matrimonio cessare difficultates, imò crescere: Cur enim, si soluerit debitor constante matrimonio, & durante etiam voluntate mariti, vxori suæ donare volentis, dominium non transfertur, si non in ipsã vxorem, saltem in maritum per vxorem accipientem? qui enim per alium accipit, ipse accipere videtur, vt hęc ratio redditur *in l. 3. §. fin. ff. de donat. int. vir. & vxor.* vbi idem casus noster ponitur, & deciditur: Quod adeò verum est, vt etiã accipiens per eum, qui nummos interuenire vult, dominium tamen acquirat, ità vt si creditor mandet debitori suo, vt soluat falso procuratori creditoris sui debitor liberetur: dominium enim in creditorem mandantem transfertur, falsus procurator furtum committit *d. l. 3. § fin. ff. de donat. int. vir. & vxor. l. si iussu. 45. ff. de furtis.*

Ratio est, quia debitor, vt liberetur, vult dominium transferre in creditorem suum mandantem, & hoc animo soluit falso procuratori: Ipse procurator, dum ex mandato debitoris accipit, eius nomine accipere intelligitur, & sic quasi traditio facta esset ipsi mãdanti eodem momento, eidem ex sua voluntate dominiũ acquiritur: Sed quia falsus procurator nummos, quos accepit, animum habet sibi habendi, non autem acquirendi creditori debitoris mandantis, eos mandanti, qui dominus eo instanti factus est, interuertit, ideò ei actione furti, & condictione etiam furtiua tenetur: Ità ergò etiam vxor accipiens nomine mariti, licèt, vt sibi ex eiusdem voluntate habeat, dominium marito acquirit, ergò non potest debitor ab vxore pecuniam vindicare, cum dominium in maritum sit translatum: Respondeo, quod dicitur in nostro textu promissorem ignorantem soluisse, intelligendum, vt iam diximus de promissore constante matrimonio soluente,

uente, sed ignorante: quid verò ignorauit? Inanem fuisse stipulationem. Ergò errauit in iure debitor, existimauit nouationem factam, & se non amplius marito obligatum, sed vxori: Itaque dum soluit, non habuit animum se a marito liberandi, à quo iam à tempore interpositæ stipulationis, & nouationis factę, se liberatum putauit, nec voluit dominium transferre in maritum, sed in vxorem solam, cui soli se obligatum existimauit: Itaque non potuit dominium marito acquiri, cum tradens in maritum nollet transferre: Sed cur ergo ipsa mulier dominium non quæsiuit? Dico quærere eā non potuisse propter legis prohibitionem, qua fit, ne vxor à viro acquirere possit, & contra: Licèt enim pecunia illa à viro non proueniat, tamen quia debitor soluendo ex voluntate mariti, ab eodem liberatur saltem ope exceptionis, & sic maritus fit pauperior, ex re mariti pecunia illa esse videtur, vt dicitur *in fine huius eiusdem legis*: & hac ratione debitor mariti, ex ipsius mandato vxori promittens, non obligatur: alioquin fraus legi fieret *l. si sponsus § si debitor ff. de don. int. vir. & vxor.* Ergo impeditur dominij translatio, ne maritus in damno versetur: Nam si transferretur dominium in vxorem, ipse debitor liberaretur saltem ope exceptionis, nec aliquam actionem haberet, quam marito cederet, nam ad summum posset habere condictionem

9 indebiti: hæc † verò in iure erranti non datur *l. cum quis C. de iur. & fact. ignor. l. error. C. ad l. Falc. l. regula §. pen. in fin. ff. de iuris, & facti ignor.* Maritus autem aduersus vxorem suam, nullam suo nomine haberet actionem, nisi fortè condictionem ei concederemus, quòd mulier esset facta locupletior.

10 Verum † hæc, non nisi in subsidium datur, dum scilicet res ipsa non extat *l. 6. & sequ. ff. de donat. inter. vir. & vxor.* Et qua ratione nummis consumptis, condictio marito datur, quòd ex re mariti fuerint, eadem ratione impedienda est translatio eorum in vxorem, dum extant, quia ex re mariti esse videntur, ergo non mirum, si debitor rei vindicationē habeat, quā marito cedere potest.

Planè constante matrimonio in casu *nostræ legis* debitorem soluisse, & durante voluntate donandi probatur euidenter: Alioqui si post diuortium facta esset solutio, cur id tantum condiceret maritus, in quo mulier esset facta locupletior: Imò nullo modo ita ageret, nam, aut durasset voluntas, & iam cessante omni impedimento, donatio valeret, & ipse nihil repetere posset; Aut esset reuocata, & mulier marito furti teneretur, vt *in d. l. cum quis §. 1. ff. de solution.*

Et ex his intelligimus qua ratione procedat, quod deciditur, & *in d. l. cum quis §. 1. & in l. nostra*, & satis euidenter apparet nihil in his locis contrarium responderi; *In l. cum quis §. 1.* debitor soluit post diuortium ignorans, Voluit in maritum transferre dominium, non potuit, quia maritus noluit amplius per vxorem accipere, reuocata iam donatione, ergo dominus mansit; mulier itaque accipiens, intercipiendi animo debitori condictione furtiua tenetur, quæ soli domino datur: Marito actione furti, quia eius interest interceptos nummos non esse: *In l. nostra* soluit debitor ignorans stipulationem inutilem fuisse, voluit dominium in vxorem transferre, non in maritum: ergo in maritum non transtulit deficiente voluntate, neque etiam in vxorem, impediente translationem lege, quia cum debitor liberetur à marito, nummos vxori soluendo, saltem ope exceptionis, ex re mariti illi nummi esse videntur, ideò vxor donationis causa non potest illos acquirere; Vndè cum non sit in vxorem dominium translatum, debitor adhuc habet vindicationem nummis extantibus, quam cedere marito tenetur, quòd si consumpti sint, so. la superest marito condictio ad id, in quo mulier locupletior facta est.

Qua

Qua ratione Pater, qui plus soluit, quàm in peculio esset, non possit repetere explicatur l. si is, cum quo 11. ff. de cond. indeb. Cap. XXXIV.

SVMMARIVM.

Proponitur quæstio, & decisio legis n. 1.
Adfertur ad eam Bartoli, & Doctorum explicatio. n. 2.
Reprehenditur. n. 3.
Quisque proprio nomine soluere creditur, non alieno. n. 4.
Adfertur expositio Antonij Fabri. n. 5.
Reprobatur. num. 6.
Quomodo intelligatur, quod dicitur, nullam esse repetitionem ab eo, qui suum recipit. n. 7.
Naturalis obligatio impedit soluti repetitionem. num. 8.
Fideiussor etiã naturali obligationi accedit. n. 9.
Fideiussor, qui pro patre, vel domino fideiubet, ex contractu serui, vel filij obligato, non tenetur nisi quatenus est in peculio. n. 10.
Textum Author interpretatur. n. 11.
In peculio melior est conditio occupantis. n. 12.
Quod Patri debetur, vel domino, in peculio non esse intelligitur, si modo à Patre, vel domino deducatur. n. 13.
Res manent omni ex parte peculiares licèt aliquid Domino, vel Patri debeatur. n. 14.
Dominus, qui soluit de peculio, debet cautionem exigere pro restitutione, si fortè plus soluerit, quàm in peculio sit. n. 15.
Explicatur l. si cum filiofam. ff. de Compens. & eius decisionis redditur ratio n. 16.

1 Respondetur† apertissimè, si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quàm in peculio est, soluerit, repetere non posse. Ratio ea esse videtur, quia ab eo, qui suum recepit, nulla repetitio est *l. repetitio ff. de condict. indeb.* At is, qui cum patre, vel domino egit de peculio, non solùm eius quantitatis creditor erat, quę in peculio erat, sed totius quantitatis à filio, vel seruo ex contractu debitę. Si igitur pater, vel dominus totam eam quantitatem soluat, licèt plus soluat, quàm
sit in peculio, tamen repetere non potest, quia is, qui recepit suum, & sibi debitum recepit;
2 Vnde † Bartolus, & communiter Doctores ponunt patrem, vel dominum soluisse nomine filij, vel serui, qui totam quantitatem debebat, non autem soluisse nomine proprio, quia si proprio nomine soluisset, indebitum sine dubio accipiens recepisset, cum pater non plus deberet, quàm in peculio esset.
3 Sed† Antonius Faber non sine ratione Bartolum, & communiter Doctores reprehendit *in rationalibus ad d. l.* non †
4 solùm, quia in dubio quisq; creditur soluere nomine proprio, non alieno *l. 4. l. cum ex pluribus 97. ff. de solut.* Verum quia ponitur *in d. l. si is, cum quo* expressè pater, vel dominus proprio nomine conuentus de peculio, & sic proprio nomine soluisse, & soluere voluisse; quod maximè etiam ostenditur ex eo, quia dicitur per imprudentiam plus soluisse, quam esset in peculio, ergo volebat ipse duntaxat soluere id, ad quod tenebatur, & quatenus esset in peculio, sed per errorem plus soluit, Si soluisset nomine filij, vel serui, vt scilicet illos liberaret, non diceretur per imprudentiam soluisse, nam si eos liberare volebat, non ad id respicere debebat, quod erat in peculio, sed ad id vniuersum, quod ipsi debebant.
5 Existimat † autem Faber ideò patrem, vel dominum non repetere, quia soluerint isti debitum, quod scilicet accipienti debebatur, nulla autem repetitio est ab eo, qui suum recepit *d. l. repetitio.* Verùm
6 † responsio hęc Fabri non sufficit; quamuis enim nulla repetitio sit ab eo, qui suum recepit tametsi ab alio, quàm à vero debitore solutum sit *d. l. repetitio* ta-
7 men † id ita intelligitur, si tertius ille pro vero debitore soluerit, secus si proprio nomine, vt probatur *ex l. si pęnè 19. §. 1. ff. de condict. indeb.* & fatetur ipse idem Faber, *& ad d. l. repetitio, & ad d. l. si pęna § 1. in rationalibus.* Cum verò in casu nostro ponamus patrẽ, vel dominũ soluisse nomine proprio, & id, quòd ipsi debebãt, qui proprio nomine cõueniebãtur; cũ nõ deberẽt vltra id, quod esset in peculio, cõstat eos cum plus, quàm in peculio esset, sol-

soluerint, plus debito soluisse, ideò cum per errorem facti proponatur illud plus, & indebitum soluisse, videbatur respondendum repetere eos posse: & tamen imò respondetur repetitionem eis non competere: Quænam ergo ratio est? An fortè saltem naturaliter debent isti totam quantitatem, licèt Iure prætorio non possint, nisi quatenus est in peculio conuenire? proprium † autem naturalis obligationis est, soluti repetitionem impedire *l. fideiussor §. naturales ff. de fideiussor. l. naturales ff. de actionib. & oblig.* Sanè ratio hęc non potest assignari; Constat † enim fideiussorem accedere posse etiam naturali obligationi *§. 1. inst. tit. de fideiussor.* & sic pro summa naturaliter à principali debita obligari; Et † tamen si quis pro patre, vel domino ex serui, vel filij contractu obligato, fideiubeat, non in plus, & ipse tenetur, quàm in peculio sit *l. cum fideiubeat ff. de fideiussor.* ergo vltrà peculium, nec naturaliter pater, vel dominus tenetur; Confirmatur quoniam potest quis constituere etiam, quod natura debet, & tamen pater, vel dominus constituens, quod debet ex causa peculij, non obligatur, nisi ad id, quod in peculio est *l. 1. §. fin. ff. de const. pecun.* ergò nec naturaliter debet plus, quàm in peculio sit; licèt non omnino firmum sit hoc argumentum.

8

9

10

11 Pro † resolutione difficultatis ego eximo textum *in d. l. si is cum quo* intelligendum de patre, vel domino, qui plusquàm sit in peculio soluerint per errorem; soluerint tamen de peculio, & de rebus peculiaribus, aut saltem non plus soluerint, quàm in rebus peculiaribus sit: potest enim fieri, vt verè in peculio sint centum, quæ quis soluerit creditori, & tamen dicatur solutum plus, quàm in peculio esset, ea nęmpè ratione, quia aliquid à seruo, vel filio deberetur domino, vel patri; Id enim, quod debetur domino, vel patri de peculio, ità deducendum est, vt neque in peculio esse videatur, nec in peculio computetur *praeuenisse enim, & cum seruo dominus egisse videtur l. peculiũ autem in princ. ff. de pecul.* Hoc tamen casu, quando dominus non deducto eo, quod sibi debetur, soluit, licèt plus soluat, repetere tamẽ non potest, quia verum est debitorem suum recepisse, & sibi debitum etiam à patre, nam quod solutum est, in peculio erat: Et licèt dominus, vel pater potuisset, quod sibi debeatur retinere, & prius deducere; cum tamen non fecerit, melior est conditio creditoris: Nam † in peculio melior est conditio occupantis, *l. non enim hęc actio ff. de tribut. act. l. si verò ff. de pecul.* licèt † enim non esse in peculio videatur, quod debetur domino, vel patri tamen non verum id est ipso iure, nec dici potest ipso iure in eo, quod debetur patri, vel domino peculium minui, sed opus est facto, & deductione, vt probatur *ex d. l. peculium autem in princ.* Vbi dicitur peculium computandum deducto eo, quod domino debetur, redditur ea ratio, quia pręuenisse, & cum seruo dominus egisse videtur; quid ergo, si hęc ratio cesset, & constet dominium non præuenisse? sine dubio ex eo, quòd domino debetur, peculium non minuetur, quia, vt diximus, in peculio melior est conditio occupantis; Confirmatur deductione opus esse, & retentione ad hoc, vt minus videatur esse in peculio ob id, quod domino, vel patri à seruo, vel filio debetur ex *l. si noxali §. est autem quæstionis ff. de pecul.* vbi quæritur an dominus, qui semel, quod sibi debebatur, de peculio, cum conueniretur, deduxit, rursus si conueniatur, deducere debeat, an verò veluti solutum ei videatur, facta semel deductione: Et respondetur, si res in peculio post primam deductionem remanserit, rursus deducendam; Vndè intelligimus deductione, & retentione opus esse, cum † res peculiares nõ esse desinant pro portione eius, quod domino, vel patri debetur, sed maneant adhuc peculiares, vt respondetur *in l. peculium 4. §. si ęre pen. ff. de peculio.* Si itaque aliquo casu, siuè per errorem, vel alia qualibet de causa, nõ facta deductione de peculio soluatur, melior est conditio, creditoris, vt potè pręoccupantis, ei namque verè ipso iure debebatur, quod solutũ est, cum verè id esset in peculio, vt apparuit ex eo, quia nulla deductio à domino, vel patre facta est. Et licèt posset sibi dominus, vel patre retinendo, & deducendo con-

12

13

14

consulere, tamen cum retentionem omiserit, non potest, quod soluit repetere; prout rursus probatur in casu nostro in domino, vel patre, cum quo de peculio
15 agitur. Si † enim in pendenti sit, an ei debeatur, vel futurum sit, vt debeatur, & interim conueniatur, debet curare, vt sibi creditor caueat refecturũ se, quod accepit *l. peculium autẽ §. fin. ff. de pecul.* quod arguit manifestè, alioqui nõ posse ipsum dominũ ipso iure repetere quod soluit.

Ex his reddi potest vera ratio, quam DD. non reddunt, cur si à patre, vel domino conueniatur is, qui cum filio, vel seruo contraxit, cui vicissim seruus, vel filius debet, potest compensationem objiciendo, totum suum creditũ retinere, & cõsequi, non quatenus est in peculio *l. si cum filiofam. ff. de compensat.* nempè quia, qui cõuenitur, pecuniam, quam ipse debet, & quę soluta in peculio futura esset, ipse præoccupat, & sibi retinet, & pręoccupando meliorem suam conditionem facit, ita vt de eo, quod ipse debet, pater, vel dominus non possit sibi satisfacere, & pro suo credito retinere.

Planè quamuis, si plus soluat pater, vel dominus, quàm in peculio sit, id non repetat; tamen ipso iure in plus non potest conueniri, quàm in peculio sit deducto eo, quod sibi debetur *d. l. peculium autem* ideo, nec constitutum in plus operatur, nec fideiussor in plus obligatur, quàm in peculio sit, nec possumus arguere patrem, vel dominum eius debere ex eo, quòd plus soluens non repetat, id enim qua ratione fiat, declaratum est.

Explicatur l. 3. §. fin. ff. quod quisq; iuris. Cap. XXXV.

SVMMARIVM

EDictum quod quisque iuris, summam continet æquitatem. n. 1.
Vsura ex stipulatione debentur. n. 2.
Solutum ex edicto quodquisque iuris repeti non potest. n. 3.
Adfertur ad d. l. 3. §. fin. Doctor. interpretatio duplex. n. 4. & sequ.
Sententia non tollit naturalem obligationẽ. n. 5.
Reprobatur vtraque Doctorum interpretatio. n. 6. & seq.
Causa rei accipitur pro re ipsa in vsu iuris. n. 7.
Naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustinetur. n. 8.
Adfertur Baldi ratio ad sustinendam secundam Doctorum interpretationem. n. 9.
Reprobatur. num. 10.
Adfertur Fabri interpretatio. n. 11.
Reprobatur. n. 12.
Multo magis ei datur exceptio, cui conceditur actio n. 13.
Author textum explicat. n. 14. & seq.
Vnum quodque dissoluitur eo vinculo, quo colligatum est. num. 15.

EDicit Prętor siuè quis iniquum ius dixerit, siue impetrauerit, pati eumdem oportere, idem ius aduersus se
1 dici. Quod † quidem edictum summam dicitur habere æquitatem *in l. 1. in princ. ff. quodquisque iuris*. Pone Seius mutuam à Titio, vel alio quolibet accepit pecuniam, eique per stipulationem vsuras promisit; conuentus à Titio, vel alio, vt suprà ad hoc, vt pecuniam restitueret, & præterea vsuras, obtinuit, vt ab
2 vsuris absolueretur. Cum † tamen etiam vsuræ ex stipulatione deberentur *l. 3. C. de Vsuris*. Post hæc Titius, vel alius quilibet mutuam pecuniam à Seio accipit, cui similiter per stipulationem vsuras promittit: Conuenitur à Seio, qui petit, & pecuniam mutuo datam, & vsuras: Quæritur, an Titius vsuras soluere sit compellendus; Et ex edicto prætoris statuitur compellendum non esse, imò quo ad vsuras Seio actionem denegandam *l. 3. §. quod autem ff. quod quisque Iuris*.
3 Cæterum † ex hac causa solutum repeti non posse putauit Iulianus, vt dicitur *in d. l. 3. §. fin. ff. quod quisque Iuris*, ea reddita ratione, quia naturalis causa superesset, quæ repetitionem impediret.
4 De qua † Iuliani sententia meritò dubitant Doctores nostri, qui communiter textum hunc *in d. §. fin.* dupliciter explicant, vel vt intelligatur de eo, qui iniquum ius impetrauit fortè (secundum facti speciem à nobis suprà positam) vt ab vsuris absolueretur, qui, ea non obstante

absolutione, easdem vsuras soluerit, qui
5 quidem repetere non potest, quia † senten-
tia illa absolutoria non potuit naturalem obligationem tollere *l. Iulianus 60. ff. de cond. indeb.* cuius proprium est soluti repetitionem inhibere *l. naturales ff de act. & oblig l fideiussoris naturales ff. de fideiuss.*

Vel etiam, vt intelligatur textus de eo, qui ex hoc edicto potuit se defendere, ne vsuras solueret, quia idem ius aduersarius ipsius impetrauerat, quique fortè ex hoc edicto obtinuit, vt aduersario actio denegaretur, sed tamen eo non obstante soluit: nam is, cum ad soluendum naturaliter esset obligatus, ex hoc edicto, naturali obligatione non est liberatus, vnde si soluat, non repetit.

6 Verùm † quantum pertinet ad primum intellectum, non potest ille accomodari § *huic nostro*, nam non posset dici ex hac causa soluisse, qui ius iniquum impetrauit: Verba enim illa *ex hac causa* in-
7 telligenda sunt ex hoc edicto; dicitur † enim causa edicti pro ipso edicto, *vt in l. si pater 5. ff. Vndè liberi*. Sicuti dicitur causa legati pro ipso legato *l. si sic §. 1. ff. de leg. 1. & l. quæsitum §. duobus ff. eodem* & causa fideicommissi, pro ipso fideicommisso *l. 3. §. non nunquam ff. de Vsur.* causa pignoris pro ipso pignore *l. rem hereditariam 65. ff. de euictión. l. 3. ff de separationib.* Causa nouationis, pro ipsa nouatione *l. 4. in fine ff. de vsuris.* Causa pecuniæ, pro ipsa pecunia *l. publica §. fin. ff. depositi* & plura etiam similia possent adferri; At qui impetrat ius iniquum, nihil facit ex hoc edicto, ergo non potest dici ex hoc edicto soluere.

Secundus etiam intellectus reijcitur: Primò quoniam nõ potest videri ex hoc edicto soluisse, qui potius soluit contrà edictum; Edicto enim ei permittebatur, ne solueret, si igitur soluat, facit potius contra edictum, quàm ex edicto: Saltem verum est ex edicto nihil facere: Secundò nec potest intelligi textus de eo, qui se illo edicto defendere poterat, & tamen soluit, nam is sine dubio posset repetere, quoniam appareret indebitum soluisse, datur autem indebitum soluenti repetitio *tot. tit. ff. de cond indebiti*; Neque dici posset indebiti repetitionem inhiberi ex naturali obligatione, quæ superesset: nam imò omnis obligatio etiam naturalis in soluente fuit ex hoc edicto sublata. Cum enim hoc edictũ summã habeat æquitatẽ
8 *d. l. 1 ff. quodquisq; iuris*, & † naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustineatur *l. Stichum, aut Pamphilum §. naturalis ff. de solut.* (ità, vt ex æquitate inducta æquitate tollatur *d. §. naturalis*) necesse est ex æquitate huius edicti, tolli naturalem obligationem, quæ ex promissione, vel contractu, aut alia quauis causa inducta
9 est: Neq; † huic difficultati satisfacit Baldus *ad hanc l. 3. §. fin.* qui rationem hanc adfert, cur ex æquitate huius edicti naturalis obligatio ex contractu, vel alia quauis causa inducta non tollatur; videlicet quia, sicuti ex impetratione iuris iniqui nõ tollitur naturalis obligatio, ità ex hoc edicto non tollitur ex natura reciproco-
10 rum: Nam † diuersa adest ratio in noui, & iniqui iuris impetratione, & in edicto quod iniquam impetrationem emendat; Illud contra æquitatem obtinetur, ideò non mirum si naturalem obligationem tollere non possit: at verò hoc edictum ex æquitate maxima conceditur, vndè necesse est naturalem obligationem tollere, quæ sola nititur æquitate.

11 Antonius † Faber *in rationalibus ad hanc l. 3. §. fin.* ità textum intelligit, vt qui soluit ex illo edicto, videlicet ille, aduersùs quem aduersarius obtinuit idem ius dici, quod ipse dixerat, vel impetrauerat, non possit repetere ea ratione, quia illud edictum continet naturalem æquitatem:

12 Sed † nullo modo recipienda est hæc Fabri interpretatio, quę longè est alijs adductis improbabilior, nam imò, vt apparebit ex infra dicẽdis, nõ obstãte hoc edicto prętoris, naturaliter est obligatus, qui ex iusta causa promisit, quamuis ipsius aduersarius iniquum ius dixerit, vel impetrauerit. Prętereà si ille esset sensus, quem fingit Faber, non eam rationem attulisset Iuris Consul. cur repetere non posset, quia naturalis superesset æquitas, quę repetitionem solet inhibere, neque ad eam rationem fuisset recurrendum cum authoritas edicti sufficeret, ex quo, si quis posset obtinere, vt sibi solueretur, multò

magis

magis posset solutum retinere *argumen.*
13 *to* † *l. innitus* §. 1 *ff. de reg. iur.* Rursus fieri non potest, vt sit naturaliter obligatus is, qui ius iniquum dixit, vel impetrauit ad dandum, cum potius è contra tale negocium actum sit, ex quo ei debetur: Natura si eam æquitatem attenderet, quam edictum considerat, fortè non obligaret illum, qui promisit ad fauorem eius, qui ius iniquum dixit, vel impetrauit, sed tamen id omninò iniquum esset, vt non solùm illum non obligaret, sed ex eo facto obligaret eum, qui ius iniquum dixit, vel impetrauit, etenim prętor ex eo edicto non dat actionem, sed tantum exceptionem aduersus actionem, vt testatur *in d. §. fin.* ipse Faber *ex d. l. 3. §. quod autem ff. quod quisque iur.* ergo nunquàm fieri potest vt soluat is, qui ius iniquum impetrauit, cum ille semper esse debeat, qui agit, & sibi deberi intendit: non parum ergo erit ei denegari actionem; Cęterum si creditor sit, & soluat, sine dubio repetet, neque enim æquum esset impediri repetitionem soluti indebitè, & denegari ei actionem, vt ita bis in damno versaretur pro eo, quod semel contra æquitatem, est consecutus. Addi tandem potest, si hoc edictum naturalem contineret æquitatem, ità vt ipso iure ei, qui ius iniquum dixit, vel impetrauit, ex eadem causâ naturaliter non deberetur, dicendum esse, non fuisse hoc edictum necessarium: cum enim semper, vt fatetur Faber, per exceptionem is, qui ius iniquum dixit, vel obtinuit, excludatur: deficiente naturali obligatione, fuisset etiam sine edicto per exceptionem exclusus saltem illam generalem doli: licèt (vt verum fatear) hoc argumentum non valdè vrgeat.

14 Ego † itaque textum ità intelligo, vt si is, qui postulare poterat, idem ius dici sibi, quod aduersarius iniquè dixerat, vel impetrauerat, vel etiam is, qui id postulauit, & obtinuit, si (inquam) iste soluat; ex hoc edicto, ex hac causa repetere non possit, quasi, quod solutum fuit ex hoc edicto indebitum fuerit, nam imò authoritate huius edicti nō obstante superest naturalis obligatio, quæ soluti repetitionem prohibet, verba igitur *ex hac causa* non refero ad verbum *solutum*, sed ad verba illa *repeti non posse*, vt sensus sit, hoc edictum non efficere, vt quod solutum est, repeti non possit, quia scilicet omninò indebitum non efficit, quia superest naturalis causa, & naturalis obligatio, quæ impedit soluti repetitionem.

Sed in eam incidimus difficultatem, quam suprà attigimus, videlicet quomodo fieri possit, vt naturalis maneat obligatio aduersus id, quod hoc edicto statuitur, cum edictum istud summam contineat æquitatem *l. 1 ff. quod quisque iuris*, & solo æquitatis vinculo naturalis obligatio sustineatur *l. Stichū aut pamphilum §. naturalis ff. de solut.* Prò responsione animaduertendum est, nō omnem ęquitatem tollere naturalem obligationem, sed æquitatem tantum naturalem, & iuris naturæ, non æquitatem ciuilem, & iuris ciuilis, licèt eadem æquitas ciuilis aliquo modo naturalis dici possit. Naturalem æquitatem in proposito illam voco, quæ non ex iure constituto pendet, sed ex naturali ratione nobis insita dignoscitur sinè aliqua ratiocinatione, & cōstitutione, vt dicebamus suprà cap. 27. veluti si conuētione inducta sit naturalis obligatio, & factū sit pactū de nō petēdo, sicuti enim, si quiuis iuris constituti ignarus interrogaretur, an ęquum sit præstare quem, quod promisit, statim responderet æquum esse; Ità si eidem proponeretur promisisse quidem primum secundo aliquid præstare, sed postea conuenisse inter eosdem, ne præstaretur, statim responderet ęquum esse ne quid præstetur, vt conuentio, quę naturalem inducit obligationem, eam etiam tollat, cum
15 † nihil tam naturale sit, quàm vnumquodque eo vinculo dissolui, quo colligatum est *l. nihil tam naturale ff de reg iur.* & in his terminis procedit *d. l. Stichum §. naturalis ff. de solut.* At si ille idem interrogaretur, vtrum si quis promittat ei, qui ius iniquum dixit, vel obtinuit, eidem obligetur, sinè dubio respondebit obligari ex ęquitate conuentionis; & si quæratur ab eodem, an non æquum sit liberari, qui promisit, ex eo, quòd aduersarius ius iniquum dixit, vel obtinuit, non habe-

habebit in promptu, quod respondeat, sed potius dicet æquum esse damnum illud emendari ei, aduersus quem ius iniquum dictum, vel obtentum est: neque iustum existimabit iniquitatem iniquitate emendari, maximè si agatur de eo, aduersus quem ille ius iniquum, nec dixit, nec obtinuit, qui tamen ex edicto idem ius sibi dici potest postulare *d. l. 3. §. hæc pœna ff. quod quisque iuris*; Videtur enim iniquum, vt is obligatione liberetur, qui nullum damnum passus est, ex eo quòd aduersarius iniquum ius dixerit, vel impetrauerit. Equitas ergo ista, quę à prætore consideratur, non est iuris naturæ; Quamuis enim edictum æquum videri possit, quod nemo possit indignari idem ius sibi dici, quod ipse dixit, vel impetrauit *d. l. 1. §. 1. ff. quod quisque iuris* tamen posset forsitan alijs, alia ratione considerata, contrarium æquius videri, cum vt dixi in d. cap. 27. ęquum alicubi iudicetur cuius contrarium alibi æquius existimatur; Ex hac autem æquitate gentium, vel ciuili, ius naturale non immutatur, hanc æquitatem ius naturale non agnoscit, vt prelaudato loco probauimus; Quod enim iure naturali semel bonum, & æquum est, semper est bonum, & æquum *l. pen. ff. de iust. & iure*: Non mirum ergo, si ex hac æquitate, naturalis obligatio non tollatur.

Præterea animaduertendum est, prætorem existimare æquum esse idem ius pati, quem in se dici, quod ipse dixit; vel impetrauit: Aliud autem est obligationem nasci, vel non: Aliud ius hoc, vel illud dici; Edictum prætoris, & eius ęquitas respicit ad iudicium, & ad denegandum effectum obligationis, non ad impediendam ipsam obligationem: Imò sicuti prætor supponit aduersus naturalem ęquitatem primum ius dixisse, vel impetrasse, ità vt licèt esset obligatus, tamen fuerit liberatus: ità vult secundum licèt, & ipse sit obligatus, liberari, & eodem iure vti. Æquitas ergo prætoris, & à prætore considerata, supponit naturalem obligationem: non mirum igitur, si soluti repetitio impediatur.

De Sententia l. 3. §. si rem apud te ff. de acqu. possess. & l. 1. in princ. ff. de Furtis. Cap. XXXVI.

SVMMARIVM.

Furtum est contrectatio. num. 1.
Furtum est possessionis internersio. n. 2.
Possessio acquiritur interdum, & si res non tangatur. num. 3.
Et quæ nullius sunt, occupanti conceduntur. num. 4.
In possessionem domini rediisse res intelligitur, quando ità apud eum est, vt ei auelli non possit. num. 5.
In possessionem domini rediisse res interdum intelligitur, licèt ipse actu possessionem non apprehenderit. num. 6.
Possessio non nisi animo, & corpore acquiritur. num. 7.
Interdum tamen etiam oculis, & affectu. num. 8.
Mercium possessionem acquirit, qui apud horreum, in quo reposita sunt, clauis horrei accipit. num. 9.
Fugitiuus quis solo consilio non fit; sed facto opus est. num. 10.
Si Seruus extra custodiam domini reperiatur bona fide, & incipiat animum habere non redeundi, fugitiuus fit. num. 11.
Ratio redditur. num. 12.
Si quis cum depositario pasciscatur, vt depositis nummis vtatur, mutuum contrahitur, & si nummi loco moti non sint. num. 13.
Depositarius, commodatarius, & similes naturaliter possidere dicuntur. num. 14.
Fundi possessionem, vt quis acquirat, non est necesse, vt omnes fundi glebas circumambulet. num. 15.
Explicatur l. 3. §. si rem apud te ff. de acq. poss. num. 16. & seq.
Res, quę apud nos est, solo animo contrectatur. num. 17. & 19.
Qui animum faciendi habet, non facit. n. 18.
Explicatur l. 1. ff. de furtis. num. 20. & seq.
Qui negat rem domino restituere, non statim furti tenetur. num. 21.
Explicatur l. inficiando in princ. ff. de furt. num. 22.

Quam

1 QVuamuis † furtum ſit contrectatio
l. p. ff. de furtis, non tamen ſem-
per naturalis, & actualis contre-
ctatio ad furtum faciendum requiritur,
ſed quoties rem alienam habet quis in
poteſtate ſua, vt tangere, & apprehen-
dere nullo negocio poſſit, ſolo animo rē
illam ſibi habendi, & domino non reſti-
tuendi, furtum facit, quamuis rem, quam
in poteſtate ſua habet, non attingat. Ni-
2 hil † enim aliud furtum eſt, quàm poſſeſ-
ſionis interuerſio *l. p. §. Scęuola ff. ſi quis*
3 *teſtamento lib. eſſe iuſſ. fuer.* Poſſeſſio † ve-
rò acquiritur, & ſine aliquo contactu,
dummodo in poteſtate ſit eius, qui ac-
quirit, ſi velit rem, & manū attingere,
nec aliquis ſit, qui ei reſiſtat, vt probatur
*ex l. qua ratione §. interdum ff. de acq. rer.
dom. §. interdum de rer. diuiſ. l. quod meo
§. ſi venditorem, l. p. §. ſi iuſſerim ff. de acq:
poſſeſſ. iuncta l. 3. ff. de act. empt.* Hac ra-
tione ſi quis in ſuo laqueum poſuerit, in
quem Aper inciderit, & ità ſit irretitus,
vt diu luctando, ſe expedire non poſſit,
dominium illius acquirit etiam ſinè alia
actuali, & manuali apprehenſione *l. in*
4 *laqueum ff. de acquirer. dom.* quamuis † ad
dominium acquirendum eorum, quæ
nullius ſunt, occupatio, & apprehenſio
requiratur *§. feræ inſt. tit. de rer. diuiſ.*
5 Sic † licèt tunc in poteſtatem domini res
reuerſa dicatur, quando ipſe poſſeſſio-
nem eius nactus eſt, ità vt ab eo auelli
non poſſit *l. 4. §. tunc in poteſtate ff de vſu.*
6 *cap.* tamen † ſi res domino ignorante,
ſubtracta fuerit, & poſtea à fure pæni-
tentia ducto, in eodem loco repoſita ſit,
ſtatim intelligitur redijſſe in domini po-
teſtatem, ideò furtum purgatum intelli-
gitur ſine aliqua apprehenſione. Inte-
reſt duntaxat, vtrum dominus ſcierit rē
ſubreptam, vel non: Si ſciuerit, ſcire etiā
debet rem in poteſtatem ſuam redijſſe:
Si ignorauerit, non requiritur ſcientia.
In vtroque tamen caſu nulla neceſſaria
eſt apprehenſio *d. l. 4. §. labeo, & ſequ. ff.*
7 *de vſucap.* Poſſeſſio † non niſi animo, &
corpore acquiritur *l. 3. in princ. l. quemad-*
8 *modum ff. de acqu. poſſeſſ.* & tamen † ſi res
in præſentia noſtra ſit, etiam oculis, &
affectu poſſeſſio acquiritur ſine aliqua
actuali apprehenſione *l. p. §. ſi iuſſerim ff.*
9 *de acqu. poſſ.* Hac † ratione mercium ac-
quirit poſſeſſionem, qui apud horreum,
ipſius horrei claues accipit, in quo mer-
ces repoſitæ ſunt *l. clauibus ff. de contrah.
empt.* nempè, quia nullo negocio poſſet
horreum ingredi, & manibus etiā mer-
10 ces contrectare; Fugitiuus † quis non ſit
ſolo conſilio *l. bouem §. p. ff. de ędil. edict.*
ſed facto opus eſt *l. fugitiuus 225. ff. de
11 verb. ſignif.* & † tamen ſi ſeruus domini po-
teſtatem euaſerit bona fide, poſtea co-
gnoſcat quid agatur, & cum poſſit redi-
re, non redeat, ſtatim fugitiuus intelli-
gitur ex eo ſolùm, quòd non redeat, nec
factum aliquod requiritur *l. ſi quis ſit fu-
gitiuus §. idem ait ff. de ędil. edict.* Ratio
12 † eſt euidens, quia cum ſeruus fugere in-
tendit, agit de ſe in libertatem natura-
lem, quantum fieri poteſt, vindicando
*d. l. ſi quis ſit fugitiuus §. idem Celius ff. de
edil. edict.* ergo poteſtatem domini opor-
tet, vt euadat; At ſi ſeruus iam euaſerit,
& extrà domini cuſtodiam ſit, cur fa-
ctum, & fuga requiritur? Sic in furto ne-
ceſſaria contrectatio, vt in poteſtatem ſuā
redigat fur rem, quam ſubripere inten-
dit, ſi ea res in poteſtate ipſius ſit, ad quid
13 contrectationem requiremus? Hac † ra-
tione, ſi quis depoſuerit nummos, & po-
ſtea cum depoſitario paciſcatur, vt illis
vtatur, ſtatim mutuum dicitur contra-
ctum, & ſi nummi loco moti non ſint *l.
certi condictio §. fin. ff. ſi cert. pet.* vbi ea
redditur ratio, quia animo cępit depoſi-
tarius poſſidere, non quòd ſolo animo
poſſit quis incipere poſſidere, ſed quòd,
cum iam rem detineat, & in poteſtate
ſua habeat, nihil deficit ad poſſeſſionem
præter animum: ſi ergo animo incipiat
poſſidere, quid vltrà non requiritur, nam
14 † depoſitarius, commodatarius, & ſimi-
lis naturaliter, id eſt corporaliter poſſi-
dere dicuntur *l. 2. §. p. ff. pro hærede.* Ap-
prehenſio enim corporalis non ad aliud
requiritur, niſi vt rei poteſtatē apprehen-
dens acquirat, ſi ergò rei poteſtatem ha-
beat, fruſtrà rem ipſam attinget. Qua
15 ratione † etiam is, qui corpore apprehen-
dit poſſeſſionem forte fundi, ſufficit, vt
partem fundi ingrediatur, eo animo, vt
totum poſſideat, nec requiritur, vt omnes

glebas

tamen ope exceptionis posse se tueri: Quod si pecunia non extet, poterit maritus eam petere, quòd ex re ipsius, mulier locupletior facta sit,

Mirum videtur, quod in hac lege respondetur debitorem, qui ignorans diuortium factum esse, soluit mulieri, habere rei vindicationem; cum enim voluerit dominium transferre, quod † ex nuda domini voluntate transfertur *§. per traditionem inst. tit. de rer. diuis.* & mulier voluerit illud acquirere, videri potest dominium translatum, & sic non posse debitori competere rei vindicationem; Vel si dominium non esset translatum, potius videtur dicendum competere non solam vindicationem, sed conditionem, etiam furtiuam, vt in eodem casu respondetur *in l. cum quis 38. §. 1. ff. de solut.* maritus verò non solum posset, re non extante agere conditione, quòd mulier esset ex re ipsius effecta locupletior, sed imò furti agere posset, etiam re extante, quia mariti interesset, nummos interceptos non esse *d. l. cum quis §. 1.*

3 Vt † hæc intelligamus, quę nullo modo Doctores nostri intelligunt, animaduertendum in primis est, vt benè ad Africanum animaduertit Cuiacius, *in l. cum quis 38. §. 1. ff. de solut.* ponendum esse, debitorem soluisse vxori, non constante matrimonio, vt omnes Doctores communiter existimant, sed soluisse post diuortium secutum, & reuocatam donationem à marito, quo casu, mulier scienter contra voluntatem mariti accipiens, lucrandi animo, furtum committit; Et quamuis nihil dicatur ibi de donationis reuocatione, satis tamen reuocata intelligitur, cum *in princ eius §.* loquatur l. Conf. de solutione facta procuratori, reuocato mandato, deinde subiungit idem seruari, quando maritus vxori donaturus, iussit debitori, vt pecuniam vxori solueret, ergò ponendum æquè est, debitorem, reuocata donatione, soluisse; alioqui nec furtum faceret mulier accipiens ex tradentis, & mariti etiam donantis voluntate, cum furtum non fiat, nisi domino inuito *l. 1. ff. de furtis*; Et omninò necessarium est ponere post diuortium, pecuniam solutam, quoniam subditur *in eo §. 1.* competere marito furti actionem, cuius interest, intercepros eos nummos non esse, Non † posset

4 autem hęc actio competere marito etiam post diuortium, si factum furtum esset constante matrimonio *l. 3. ff. rer. amot. l. 2. C. eod.* ergo ponendum omninò est, solutionem, & pecuniæ interceptionem factam post diuortium; Itaque sensus eorũ verborum, quæ in textu videlicet *furti tamen actionem in proposito post diuortium, &c.* ille est *in proposito post diuortium*: idest in proposito casu factæ solutionis post diuortium; vt enim paritas sit inter eos casus, qui comparantur *in d. §. 1.* oportet sicut in primo casu procurator ille esse desierat, sic vxorem esse desijsse, quæ erat tempore mandatę solutionis: Quo casu ità recepto, ratio cur mulier teneatur, & actione furti, & conditione furtiua, licèt ex voluntate domini tradentis acceperit, ea est, quia debitor dedit vxori, quasi ea ex voluntate mariti, & eius nomine acciperet, & sic voluit dominium in maritum, & creditorem transferre, vt ab eo liberaretur, vt probatur *ex l. 3. §. fin. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Non potuit transferre in maritum, quia, reuocata donatione, cum nollet maritus amplius vxorem accipere, noluit per eã dominium acquirere, ergo nummi manserunt debitoris, quia noluit eorum dominium in vxorem transferre: cum itaque vxor eos nummos acceperit animo intercipiendi, non mirum, si conditione furtiua teneatur debitori tanquàm domino, & actione furti marito, tanquàm ei, cuius interest nummos interceptos non esse.

Sed cur igitur in eodem casu *in l. vir vxori ff. de donat. inter. vir. & vxor.* vindicatio duntaxat competit debitori, si nummi extent, si verò non extent, marito sola competit conditio, ex eo quòd vxor facta fuerit ex re ipsius locupletior, non autem competit marito actio furti?

5 Doctissimus † Iacobus Cuiacius *ad Iulianum in huius legis explicatione* eam reddit rationem, cur vindicatio debitori competat, quia debitor soluit ex stipulatione inutili, & sic causa nulla, ideò dominium

6 minium non transtulit; Sed † falsum est, dominium non transferri ex causa nulla, nam ad dominium transferendum sola sufficit voluntas domini transferre volentis §. *per traditionem inst. tit. de rer.*
7 *diu*. Vnde † etiam ex nulla causa dominium transfertur, dummodo transferendi adsit voluntas, vt constat *ex toto tit. de cond. ind. b.* & quamuis nullam, vel turpem etiam causam sciant, qui dant, & recipiunt, vt constat *ex toto tit. ff de condict. ob turpem causam, & praecipuè probatur ex l. Auunculus §. ff. de condict. sine causa*: Nec satis a Cuiacio intelligimus rationẽ diuersitatis, cur *in d. l. cum quis §. 1.* competat debitori condict o furtiua, nõ autem *in hac nostra l.* & cur ibi marito actio furti concedatur, non autem hic;
8 Itaque † pro explicatione huius nostrae legis animaduertendum est, casum non ita accipiendum, vt ponunt Doctores communiter, & ipse etiam Cuiacius, vt debitor post diuortium, reuocata iam donatione, ignorans diuortium factum soluerit, sed imo, vt debitor soluerit constante matrimonio: Casus hic est: Proponitur maritus, donationis causa, iussisse debitori suo, vt pecuniam, quam sibi deberet, vxori suae, cui donatum volebat, promitteret. Debitor stipulanti vxori se se obligauit: Quaeritur primò, an diuortio secuto, possit mulier aduersus illum debitorem agere, & respondetur negatiuè, quia scilicet inanis fuit obligatio *l. si sponsus §. si debitor. ff. de donat. inter vir. & vxor.* Subdit I. Conf. *Sed si soluisset promissor mulieri ignorans.* quem versiculum accipiunt omnes de debitore soluẽte vxori secuto iam diuortio, & reuocata donatione; eodem tamen debitore diuortium ignorante, quo intellectu nã recepto inextricabilis difficultas est.

Ego versiculum illum, & quicquid sequitur *in ea lege* accipio de debitore, qui soluerit iam vxori constante matrimonio, vt etiam optimè, & sine impressione ipsa verba intellectum hunc recipiũt. Mutat namque casum Iur. Conf. in illis verbis; *sed si promissor ignorans mulieri soluisset*, & ponit ante diuortium promissorem soluisse, vt ostendit verbum illud *soluisset*: Si enim I. Conf. loqueretur de solutione facta post diuortium, potius diceret *sed si solueret*. Quicquid sit, saltem vtraque interpretatio commodè recipi potest: In ambiguo autem sermone, ea capien la est, quae vitio caret *l. in ambiguo ff. de legibus*.

Dices nõ ideo, quòd textum intelligamus de debitore soluente constante matrimonio cessare difficultates, imò crescere: Cur enim, si soluerit debitor constante matrimonio, & durante etiam voluntate mariti, vxori suae donare volentis, dominium non transfertur, si non in ipsã vxorem, saltem in maritum per vxorem accipientem? qui enim per alium accipit, ipse accipere videtur, vt hęc ratio redditur *in l. 3. §. fin. ff. de donat. int. vir. & vxor.* vbi idem casus noster ponitur, & deciditur: Quod adeò verum est, vt etiã accipiens per eum, qui nummos interuenire vult, dominium tamen acquirat, ità vt si creditor mandet debitori suo, vt soluat falso procuratori creditoris sui debitor liberetur: dominium enim in creditorem mandantem transfertur, falsus procurator furtum committit *d. l. 3. § fin. ff. de donat. int. vir. & vxor. l. si iussu. 45. ff de furtis*.

Ratio est, quia debitor, vt liberetur, vult dominium transferre in creditorem suum mandantem, & hoc animo soluit falso procuratori: Ipse procurator, dum ex mandato debitoris accipit, eius nomine accipere intelligitur, & sic quasi traditio facta esset ipsi mãdanti eodem momento, eidem ex sua voluntate dominiũ acquiritur: Sed quia falsus procurator nummos, quos accepit, animum habet sibi habendi, non autem acquirendi creditori debitoris mandantis, eos mandanti, qui dominus eo instanti factus est, interuertit, ideò ei actione furti, & conditione etiam furtiua tenetur: Ità ergò etiam vxor accipiens nomine mariti, licet, vt sibi ex eiusdem voluntate habeat, dominium marito acquirit, ergò non potest debitor ab vxore pecuniam vindicare, cum dominium in maritum sit translatum: Respondeo, quod dicitur in nostro textu promissorem ignorantem soluisse, intelligendum, vt iam diximus de promissore constante matrimonio soluente,

uente, sed ignorante: quid verò ignorauit? Inanem fuisse stipulationem. Ergò errauit in iure debitor, existimauit nouationem factam, & se non amplius marito obligatum, sed vxori: Itaque dum soluit, non habuit animum se à marito liberandi, à quo iam à tempore interpositæ stipulationis, & nouationis factæ, se liberatum putauit, nec voluit dominium transferre in maritum, sed in vxorem solam, cui soli se obligatum existimauit; Itaque non potuit dominium marito acquiri, cum tradens in maritum nollet transferre: Sed cur ergo ipsa mulier dominium non quæsiuit? Dico quærere eã non potuisse propter legis prohibitionem, qua fit, ne vxor à viro acquirere possit, & contra: Licèt enim pecunia illa à viro non proueniat, tamen quia debitor soluendo ex voluntate mariti, ab eodem liberatur saltem ope exceptionis, & sic maritus fit pauperior, ex re mariti pecunia illa esse videtur, vt dicitur *in fine huius eiusdem legis*: & hac ratione debitor mariti, ex ipsius mandato vxori promittens, non obligatur: alioquin fraus legi fieret *l. si sponsus § si debitor ff. de don. int. vir. & vxor.* Ergo impeditur dominij translatio, ne maritus in damno versetur: Nam si transferretur dominium in vxorem, ipse debitor liberaretur saltem ope exceptionis, nec aliquam actionem haberet, quam marito cederet, nam ad summum posset habere condictionem indebiti: hæc † verò in iure erranti non datur *l. cum quis C. de iur. & fact. ignor. l. error. C. ad l. Falc. l. regula §. pen. in fin. ff. de iuris, & facti ignor.* Maritus autem aduersus vxorem suam, nullam suo nomine haberet actionem, nisi forte condictionem ei concederemus, quòd mulier esset facta locupletior.

10 Verum † hæc, non nisi in subsidium datur, dum scilicet res ipsa non extat *l. 6. & sequ. ff. de donat. inter. vir. & vxor.* Et qua ratione nummis consumptis, condictio marito datur, quòd ex re mariti fuerint, eadem ratione impedienda est translatio eorum in vxorem, dum extant, quia ex re mariti esse videntur, ergo non mirum, si debitor rei vindicationẽ habeat, quã marito cedere potest.

Planè constante matrimonio in casu *nostræ legis* debitorem soluisse, & durante voluntate donandi probatur euidenter: Alioqui si post diuortium facta esset solutio, cur id tantum condiceret maritus, in quo mulier esset facta locupletior: Imò nullo modo ita ageret, nam, aut durasset voluntas, & iam cessante omni impedimento, donatio valeret, & ipse nihil repetere posset; Aut esset reuocata, & mulier marito furti teneretur, vt *in d. l. cum quis §. 1. ff. de solution.*

Et ex his intelligimus qua ratione procedat, quod decidutur, & *in d. l. cum quis §. 1. & in l. nostra*, & satis euidenter apparet nihil in his locis contrarium responderi; *In l. cum quis §. 1.* debitor soluit post diuortium ignorans, Voluit in maritum transferre dominium, non potuit, quia maritus noluit amplius per vxorem accipere, reuocata iam donatione, ergo dominus mansit; mulier itaque accipiens, intercipiendi animo debitori condictione furtiua tenetur, quæ soli domino datur: Marito actione furti, quia eius interest interceptos nummos non esse: *In l. nostra* soluit debitor ignorans stipulationem inutilem fuisse, voluit dominium in vxorem transferre, non in maritum: ergo in maritum non transtulit deficiente voluntate, neque etiam in vxorem, impediente translationem lege, quia cum debitor liberetur à marito, nummos vxori soluendo, saltem ope exceptionis, ex re mariti illi nummi esse videntur, idcò vxor donationis causa non potest illos acquirere; Vndè cum non sit in vxorem dominium translatum, debitor adhuc habet vindicationem nummis extantibus, quam cedere marito tenetur, quòd si consumpti sint, so-lũ superest marito condictio ad id, in quo mulier locupletior facta est.

Qua

Qua ratione Pater, qui plus soluit, quàm in peculio esset, non possit repetere explicatur l. si is, cum quo 11. ff. de cond. indeb. Cap. XXXIV.

SVMMARIVM.

Reponitur quæstio, & decisio legis n. 1.
Adfertur ad eam Bartoli, & Doctorum explicatio. n. 2.
Reprehenditur. n. 3.
Quisque proprio nomine soluere creditur, non alieno. n. 4.
Adfertur expositio Antonij Fabri. n. 5.
Reprobatur. num. 6.
Quomodo intelligatur, quod dicitur, nullam esse repetitionem ab eo, qui suum recipit. n. 7.
Naturalis obligatio impedit soluti repetitionem. num. 8.
Fideiussor etiã naturali obligationi accedit. n. 9.
Fideiussor, qui pro patre, vel domino fideiubet, ex contractu serui, vel filij obligato, non tenetur nisi quatenus est in peculio. n. 10.
Textum Author interpretatur. n. 11.
In peculio melior est conditio occupantis. n. 12.
Quod Patri debetur, vel domino, in peculio non esse intelligitur, si modo à Patre, vel domino deducatur. n. 13.
Res manent omni ex parte peculiares licèt aliquid Domino, vel Patri debeatur. n. 14.
Dominus, qui soluit de peculio, debet cautionem exigere pro restitutione, si fortè plus soluerit, quàm in peculio sit. n. 15.
Explicatur l. si cum filiosfam. ff. de Compens. & eius decisionis redditur ratio. n. 16.

1 Respondetur† apertissimè, si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quàm in peculio est, soluerit, repetere non posse: Ratio ea esse videtur, quia ab eo, qui suum recepit, nulla repetitio est *l. repetitio ff. de condict. indeb.* At is, qui cum patre, vel domino egit de peculio, non solùm eius quantitatis creditor erat, quę in peculio erat, sed totius quantitatis à filio, vel seruo ex contractu debitę; Si igitur pater, vel dominus totam eam quantitatem soluat, licèt plus soluat, quàm sit in peculio, tamen repetere non potest, quia is, qui recepit suum, & sibi debitum recepit; Vnde † Bartolus, & communiter Doctores ponunt patrem, vel 2
dominum soluisse nomine filij, vel serui, qui totam quantitatem debebat, non autem soluisse nomine proprio, quia si proprio nomine soluisset, indebitum sine dubio accipiens recepisset, cum pater non plus deberet, quàm in peculio esset.

Sed† Antonius Faber non sine ratione Bartolum, & communiter Doctores reprehendit *in rationalibus ad d. l.* non † 3 4
solùm, quia in dubio quisq; creditur soluere nomine proprio, non alieno *l. 4. l. cum ex pluribus 97. ff. de solut.* Verum quia ponitur *in d. l. si is, cum quo* expressè pater, vel dominus proprio nomine conuentus de peculio, & sic proprio nomine soluisse, & soluere voluisse; quod maximè etiam ostenditur ex eo, quia dicitur per imprudentiam plus soluisse, quam esset in peculio, ergo volebat ipse duntaxat soluere id, ad quod tenebatur, & quatenus esset in peculio, sed per errorem plus soluit; Si soluisset nomine filij, vel serui, vt scilicet illos liberaret, non diceretur per imprudentiam soluisse, nam si eos liberare volebat, non ad id respicere debebat, quod erat in peculio, sed ad id vniuersum, quod ipsi debebant.

Existimat † autem Faber ideò patrem, vel dominum non repetere, quia soluerint isti debitum, quod scilicet accipienti debebatur, nulla autem repetitio est ab eo, qui suum recepit *d. l. repetitio.* Verùm 5
† responsio hęc Fabri non sufficit; quamuis enim nulla repetitio fit ab eo, qui suum recepit tametsi ab alio, quàm à vero debitore solutum sit *d. l. repetitio* tamen † id ità intelligitur, si tertius ille pro vero debitore soluerit, secus si proprio nomine, vt probatur *ex l. si pęnę 19. §. 1. ff. de condict. indeb.* & fatetur ipse idem Faber, *& ad d. l. repetitio, & ad d. l. si pęnę §. 1. in rationalibus.* Cum verò in casu nostro ponamus patrẽ, vel dominũ soluisse nomine proprio, & id, quòd ipsi debebãt, qui proprio nomine cõueniebãtur, cũ nõ deberẽt vltra id, quod esset in peculio, cõstat eos cum plus, quàm in peculio esset, 6 7

soluerint, plus debito soluisse, ideò cum per errorem factū proponatur illud plus, & indebitum soluisse, videbatur respondendum repetere eos posse: & tamen imò respondetur repetitionem eis non competere: Quænam ergo ratio est? An forte saltem naturaliter debent isti totam quantitatem, licèt Iure prætorio non possint, nisi quatenus est in peculio conueniri? proprium † autem naturalis obligationis est, soluti repetitionem impedire *l. fideiussor §. naturales ff. de fideiussor. l. naturales ff. de actionib. & oblig.* Sanè ratio hęc non potest assignari; Constat † enim fideiussorem accedere posse etiam naturali obligationi *§. 1. inst. tit. de fideiussor.* & sic pro summa naturaliter à principali debita obligari; Et † tamen si quis pro patre, vel domino ex serui, vel filij contractu obligato, fideiubeat, non in plus, & ipse tenetur, quàm in peculio sit *l. cum fideiubeat ff. de fideiussor.* ergo vltrà peculium, nec naturaliter pater, vel dominus tenetur; Confirmatur quoniam potest quis constituere etiam, quod natura debet, & tamen pater, vel dominus constituens, quod debet ex causa peculij, non obligatur, nisi ad id, quod in peculio est *l. 1. §. fin. ff. de const. pecun.* ergò nec naturaliter debet plus, quàm in peculio sit; licèt non omnino firmum sit hoc argumentum.

8

9

10

11 Pro † resolutione difficultatis ego eximo textum *in d. l. si is cum quo* intelligendum de patre, vel domino, qui plusquàm sit in peculio soluerint per errorem; soluerint tamen de peculio, & de rebus peculiaribus, aut saltem non plus soluerint, quàm in rebus peculiaribus sit: potest enim fieri, vt verè in peculio sint centum, quæ quis soluerit creditori, & tamen dicatur solutum plus, quàm in peculio esset, ea nępè ratione, quia aliquid à seruo, vel filio deberetur domino, vel patri; Id enim, quod debetur domino, vel patri de peculio, ità deducendum est, vt neque in peculio esse videatur, nec in peculio cōputetur *præuenisse enim, & cum seruo dominus egisse videtur l. peculiū autem in princ. ff. de pecul.* Hoc tamen casu, quando dominus non deducto eo, quod sibi debetur, soluit, licèt plus soluat, repetere tamē non potest, quia verum est debitorem suum recepisse, & sibi debitum etiam à patre, nam quod solutum est, in peculio erat: Et licèt dominus, vel pater potuisset, quod sibi debeatur retinere, & prius deducere; cum tamen non fecerit, melior est conditio creditoris; Nam † in peculio melior est conditio occupantis, *l. non enim hęc actio ff. de tribut. act. l. si verò ff. de pecul.* licèt † enim non esse in peculio videatur, quod debetur domino, vel patri tamen non verum id est ipso iure, nec dici potest ipso iure in eo, quod debetur patri, vel domino peculium minui, sed opus est facto, & deductione, vt probatur *ex d. l. peculium autem in princ.* Vbi dicitur peculium computandum deducto eo, quod domino debetur, redditur ea ratio, quia pręuenisse, & cum seruo dominus egisse videtur; quid ergo, si hęc ratio cesset, & constet dominum non præuenisse? sine dubio ex eo, quòd domino debetur, peculium non minuetur, quia, vt diximus, in peculio melior est conditio occupantis; Confirmatur deductione opus esse, & retentione ad hoc, vt minus videatur esse in peculio, ob id, quod domino, vel patri à seruo, vel filio debetur ex *l. si noxali §. est autem quæstionis ff. de pecul.* vbi quæritur an dominus, qui semel, quod sibi debebatur, de peculio, cum conueniretur, deduxit, rursus si conueniatur, deducere debeat, an verò veluti solutum ei videatur, facta semel deductione: Et respondetur, si res in peculio post primam deductionem remanserit, rursus deducendam, Vndè intelligimus deductione, & retentione opus esse, cum † res peculiares nō esse desinant pro portione eius, quod domino, vel patri debetur, sed maneant adhuc peculiares, vt respondetur *in l. peculium 4. §. si ere pen. ff. de peculio.* Si itaque aliquo casu, siuè per errorem, vel alia qualibet de causa, nō facta deductione de peculio soluatur, melior est conditio, creditoris, vtpotè pręoccupantis, ei namque verè ipso iure debebatur, quod solutū est, cum verè id esset in peculio, vt apparuit ex eo, quia nulla deductio à domino, vel patre facta est. Et licèt posset sibi dominus, vel patre retinendo, & deducendo con-

12

13

14

consulere, tamen cum retentionem omiserit, non potest, quod soluit repetere; prout rursus probatur in casu nostro in domino, vel patre, cum quo de peculio agitur. 15 Si † enim in pendenti sit, an ei debeatur, vel futurum sit, vt debeatur, & interim conueniatur, debet curare, vt sibi creditor caueat refectur ũ se, quod accepit *l. peculium autẽ §. fin. ff. de pecul.* quod arguit manifestè, alioqui nõ posse ipsum dominũ ipso iure repetere quod soluit.

Ex his reddi potest vera ratio, quam DD. non reddunt, cur si à patre, vel domino conueniatur is, qui cum filio, vel seruo contraxit, cui vicissim seruus, vel filius debet, potest compensationem objiciendo, totum suum creditũ retinere, & cõsequi, non quatenus est in peculio *l. si cum filiofam. ff. de compensat.* nempè quia, qui cõuenitur, pecuniam, quam ipse debet, & quę soluta in peculio futura esset, ipse præoccupat, & sibi retinet, & præoccupando meliorem suam conditionem facit, ita vt de eo, quod ipse debet, pater, vel dominus non possit sibi satisfacere, & pro suo credito retinere.

Planè quamuis, si plus soluat pater, vel dominus, quàm in peculio sit, id non repetat; tamen ipso iure in plus non potest conueniri, quàm in peculio sit deducto eo, quod sibi debetur *d. l. peculium autem* ideo, nec constitutum in plus operatur, nec fideiussor in plus obligatur, quàm in peculio sit, nec possumus arguere patrem, vel dominum eius debere ex eo, quòd plus soluens non repetat, id enim qua ratione fiat, declaratum est.

Explicatur l. 3. §. fin. ff. quod quisq; iuris Cap. XXXV.

SVMMARIVM

EDictum quod quisque iuris, summam continet æquitatem. n. 1.

Vsura ex stipulatione debentur. n. 2.

Solutum ex edicto quodquisque iuris repeti non potest. n. 3.

Adfertur ad d. l. 3. §. fin. Doctor. interpretatio duplex. n. 4. & sequ.

Sententia non tollit naturalem obligationẽ. n. 5.

Reprobatur vtraque Doctorum interpretatio. n. 6. & seq.

Causa rei accipitur pro re ipsa in vsu iuris. n. 7.

Naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustinetur. n. 8.

Adfertur Baldi ratio ad sustinendam secundam Doctorum interpretationem. n. 9.

Reprobatur. num. 10.

Adfertur Fabri interpretatio. n. 11.

Reprobatur. n. 12.

Multo magis ei datur exceptio, cui conceditur actio n. 13.

Author textum explicat. n. 14. & seq.

Vnum quodque dissoluitur eo vinculo, quo colligatum est. num. 15.

EDicit Prætor siuè quis iniquum ius dixerit, siue impetrauerit, pati eumdem oportere, idem ius aduersus se 1 dici. Quod † quidem edictum summam dicitur habere æquitatem *in l. 1. in princ. ff. quod quisque iuris*. Pone Seius mutuam à Titio, vel alio quolibet accepit pecuniam, eique per stipulationem vsuras promisit; conuentus à Titio, vel alio, vt supra ad hoc, vt pecuniam restitueret, & præterea vsuras, obtinuit, vt ab 2 vsuris absolueretur. Cum † tamen etiam vsuræ ex stipulatione deberentur *l. 3. C. de Vsuris*. Post hæc Titius, vel alius quilibet mutuam pecuniam à Seio accipit, cui similiter per stipulationem vsuras promittit: Conuenitur à Seio, qui petit, & pecuniam mutuo datam, & vsuras: Quæritur, an Titius vsuras soluere sit compellendus; Et ex edicto prætoris statuitur compellendum non esse, imò quo ad vsuras Seio actionem denegandam *l. 3. §. quod autem ff. quod quisque Iuris*.

3 Cæterum † ex hac causa solutum repeti non posse putauit Iulianus, vt dicitur *in d. l. 3. §. fin. ff. quod quisque Iuris*, ea reddita ratione, quia naturalis causa superesset, quæ repetitionem impediret.

4 De qua † Iuliani sententia meritò dubitant Doctores nostri, qui comuniter textum hunc *in d. §. fin.* dupliciter explicant, vel vt intelligatur de eo, qui iniquum ius impetrauit fortè (secundum facti speciem à nobis suprà positam) vt ab vsuris absolueretur, qui, ea non obstante

absolutione, easdem vsuras soluerit, qui
5 quidem repetere non potest, quia † sententia illa absolutoria non potuit naturalem obligationem tollere *l. Iulianus 60. ff. de cond. indeb.* cuius proprium est soluti repetitionem inhibere *l. naturales ff de act. & oblig l fideiussor. naturales ff. de fideiuss.*

Vel etiam, vt intelligatur textus de eo, qui ex hoc edicto potuit se defendere, ne vsuras solueret, quia idem ius aduersarius ipsius impetrauerat, quique fortè ex hoc edicto obtinuit, vt aduersario actio denegaretur, sed tamen eo non obstante soluit; nam is, cum ad soluendum naturaliter esset obligatus, ex hoc edicto, naturali obligatione non est liberatus, vnde si soluat, non repetit.

6 Verùm † quantum pertinet ad primum intellectum, non potest ille accomodari § *huic nostro*, nam non posset dici ex hac causa soluisse, qui ius iniquum impetrauit; Verba enim illa *ex hac causa* in-
7 telligenda sunt ex hoc edicto; dicitur † enim causa edicti pro ipso edicto, *vt in l. si pater 5. ff. Vnde liberi*. Sicuti dicitur causa legati pro ipso legato *l. si sic §. 1. ff. de leg. 1. & l. quæsitum §. duobus ff. eodem* & causa fideicommissi, pro ipso fideicommisso *l. 3. §. non nunquam ff. de Vsur.* causa pignoris pro ipso pignore *l. rem hæreditariam 6 §. ff. de euiction. l. 3. ff. de separationib.* Causa nouationis, pro ipsa nouatione *l. 4. in fine ff. de vsuris.* Causa pecuniæ, pro ipsa pecunia *l. publica §. fin. ff. depositi* & plura etiam similia possent adferri; At qui impetrat ius iniquum, nihil facit ex hoc edicto, ergo non potest dici ex hoc edicto soluere.

Secundus etiam intellectus reijcitur; Primò quoniam nō potest videri ex hoc edicto soluisse, qui potius soluit contrà edictum; Edicto enim ei permittebatur, ne solueret, si igitur soluat, facit potius contra edictum, quàm ex edicto: Saltem verum est ex edicto nihil facere; Secundò nec potest intelligi textus de eo, qui se illo edicto defendere poterat, & tamen soluit, nam is sine dubio posset repetere, quoniam appareret indebitum soluisse, datur autem indebitum soluenti repetitio *tot. tit. ff. de cond indebiti*; Neque dici posset indebiti repetitionem inhiberi ex naturali obligatione, quę supereslet; nam imò omnis obligatio etiam naturalis in soluente fuit ex hoc edicto sublata. Cum enim hoc edictū summā habeat ęquitatē
8 *d. l. 1 ff. quodquisq; iuris*, & † naturalis obligatio solo ęquitatis vinculo sustineatur *l. Stichum, aut Pamphilum §. naturalis ff. de solut.* (ità, vt ex æquitate inducta æquitate tollatur *d. §. naturalis*) necesse est ex ęquitate huius edicti, tolli naturalem obligationem, quæ ex promissione, vel contractu, aut alia quauis causa inducta
9 est; Neq; † huic difficultati satisfacit Baldus *ad hanc l. 3. §. fin.* qui rationem hanc adfert, cur ex ęquitate huius edicti naturalis obligatio ex contractu, vel alia quauis causa inducta non tollatur; videlicet quia, sicuti ex impetratione iuris iniqui nō tollitur naturalis obligatio, ità ex hoc edicto non tollitur ex natura recipro-
10 corum: Nam † diuersa adest ratio in noui, & iniqui iuris impetratione, & in edicto quod iniquam impetrationem emendat; Illud contra æquitatem obtinetur, ideò non mirum si naturalem obligationem tollere non possit; at verò hoc edictum ex æquitate maxima conceditur, vndè necesse est naturalem obligationem tollere, quæ sola nititur æquitate.

11 Antonius † Faber *in rationalibus ad hanc l. 3. §. fin.* ità textum intelligit, vt qui soluit ex illo edicto, vidèlicet ille, aduersùs quem aduersarius obtinuit idem ius dici, quod ipse dixerat, vel impetrauerat, non possit repetere ea ratione, quia illud edictum continet naturalem æquitatem;

12 Sed † nullo modo recipienda est hæc Fabri interpretatio, quę longè est alijs adductis improbabilior, nam imò, vt apparebit ex infra dicēdis, nō obstāte hoc edicto pretoris, naturaliter est obligatus, qui ex iusta causa promisit, quamuis ipsius aduersarius iniquum ius dixerit, vel impetrauerit. Pręterea si ille esset sensus, quem fingit Faber, non eam rationem attulisset Iuris Consultus cur repetere non posset, quia naturalis superesset æquitas, quę repetitionem solet inhibere, neque ad eam rationem fuisset recurrendum cum authoritas edicti sufficeret, ex quo, si quis posset obtinere, vt sibi solueretur, multò magis

magis posset solutum retinere *argumen-*
13 *to* † *l. inuitus* §. 1 *ff. de reg. iur.* Rursus fieri non potest, vt sit naturaliter obligatus is, qui ius iniquum dixit, vel impetrauit ad dandum, cum potius è contra tale negocium actum sit, ex quo ei debetur: Natura si eam æquitatem attenderet, quam edictum considerat, fortè non obligaret illum, qui promisit ad fauorem eius, qui ius iniquum dixit, vel impetrauit, sed tamen id omninò iniquum esset, vt non solùm illum non obligaret, sed ex eo facto obligaret eum, qui ius iniquum dixit, vel impetrauit, etenim prætor ex eo edicto non dat actionem, sed tantum exceptionem aduersus actionem, vt testatur *in d. §. fin.* ipse Faber *ex d. l. 3. §. quod autem ff. quod quisque iur.* ergo nunquàm fieri potest vt soluat is, qui ius iniquum impetrauit, cum ille semper esse debeat, qui agit, & sibi deberi intendit: non parum ergo erit ei denegari actionem; Ceterum si creditor sit, & soluat, sine dubio repetet, neque enim æquum esset impediri repetitionem soluti indebitè, & denegari ei actionem, vt ita bis in damno versaretur pro eo, quod semel contra æquitatem, est consecutus. Addi tandem potest, si hoc edictum naturalem contineret æquitatem, ità vt ipso iure ei, qui ius iniquum dixit, vel impetrauit, ex eadem causa naturaliter non deberetur, dicendum esse, non fuisse hoc edictum necessarium: cum enim semper, vt fatetur Faber, per exceptionem is, qui ius iniquum dixit, vel obtinuit, excludatur: deficiente naturali obligatione, fuisset etiam sine edicto per exceptionem exclusus saltem illam generalem doli: licèt (vt verum fatear) hoc argumentum non valdè vrgeat.

14 Ego † itaque textum ità intelligo, vt si is, qui postulare poterat, idem ius dici sibi, quod aduersarius iniquè dixerat, vel impetrauerat, vel etiam is, qui id postulauit, & obtinuit, si (inquam) iste soluat; ex hoc edicto, ex hac causa repetere non possit, quasi, quod solutum fuit ex hoc edicto indebitum fuerit, nam imò authoritate huius edicti nō obstante superest naturalis obligatio, quæ soluti repetitionem prohibet, verba igitur *ex hac causa* non refero ad verbum *solutum*, sed ad verba illa *repeti non posse*, vt sensus sit, hoc edictum non efficere, vt quod solutum est, repeti non possit, quia scilicet omninò indebitum non efficit, quia superest naturalis causa, & naturalis obligatio, quæ impedit soluti repetitionem.

Sed in eam incidimus difficultatem, quam suprà attigimus, videlicet quomodo fieri possit, vt naturalis maneat obligatio aduersus id, quod hoc edicto statuitur, cum edictum istud summam contineat æquitatem *l. 1. ff. quod quisque iuris*, & solo æquitatis vinculo naturalis obligatio sustineatur *l. Stichū aut pamphilum §. naturalis ff. de solut.* Prò responsione animaduertendum est, nō omnem æquitatem tollere naturalem obligationem, sed æquitatem tantum naturalem, & iuris naturæ, non æquitatem ciuilem, & iuris ciuilis, licèt eadem æquitas ciuilis aliquo modo naturalis dici possit. Naturalem æquitatem in proposito illam voco, quæ non ex iure constituto pendet, sed ex naturali ratione nobis insita dignoscitur sine aliqua ratiocinatione, & cōstitutione, vt dicebamus suprà cap. 27. veluti si conuētione inducta sit naturalis obligatio, & factū sit pactū de nō petēdo; sicuti enim, si quiuis iuris constituti ignarus interrogaretur, an æquum sit præstare quem, quod promisit, statim responderet æquum esse; ità si eidem proponeretur promisisse quidem primum secundo aliquid præstare, sed postea conuenisse inter eosdem, ne præstaretur, statim responderet æquum esse ne quid præstetur, vt conuentio, quę naturalem induxit obligationem, eam etiam tollat, cum
15 † nihil tam naturale sit, quàm vnumquodque eo vinculo dissolui, quo colligatum est *l. nihil tam naturale ff. de reg. iur.* & in his terminis procedit *d. l. Stichum §. naturalis ff. de solut.* At si ille idem interrogaretur, vtrum si quis promittat ei, qui ius iniquum dixit, vel obtinuit, eidem obligetur, sine dubio respondebit obligari ex æquitate conuentionis; & si quæratur ab eodem, an non æquum sit liberari, qui promisit, ex eo, quòd aduersarius ius iniquum dixit, vel obtinuit, non habe-

habebit in promptu, quod respondeat, sed potius dicet æquum esse damnum illud emendari ei, aduersus quem ius iniquum dictum, vel obtentum est: neque iustum existimabit iniquitatem iniquitate emendari, maximè si agatur de eo, aduersus quem ille ius iniquum, nec dixit, nec obtinuit, qui tamen ex edictio idem ius sibi dici potest postulare *d. l. 3. §. hęc pœna ff. quod quisque iuris*; Videtur enim iniquum, vt is obligatione liberetur, qui nullum damnum passus est, ex eo quòd aduersarius iniquum ius dixerit, vel impetrauerit. Equitas ergo ista, quę à prætore consideratur, non est iuris naturæ; Quamuis enim edictum æquum videri possit, quod nemo possit indignari idem ius sibi dici, quod ipse dixit, vel impetrauit *d. l. 1. §. 1. ff. quod quisque iuris* tamen posset forsitan alijs, alia ratione considerata, contrarium æquius videri, cum vt dixi in d. cap. 27. ęquum alicubi iudicetur cuius contrarium alibi æquius existimatur; Ex hac autem æquitate gentium, vel ciuili, ius naturale non immutatur, hanc æquitatem ius naturale non agnoscit, vt prelaudato loco probauimus; Quod enim iure naturali semel bonum, & æquum est, semper est bonum, & æquum *l. pen. ff. de iust. & iure*: Non mirum ergo, si ex hac æquitate, naturalis obligatio non tollatur.

Præterea animaduertendum est, prætorem existimare æquum esse idem ius pati, quem in se dici, quod ipse dixit; vel impetrauit: Aliud autem est obligationem nasci, vel non: Aliud ius hoc, vel illud dici; Edictum prætoris, & eius ęquitas respicit ad iudicium, & ad denegandum effectum obligationis, non ad impediendam ipsam obligationem: Imò sicuti prætor supponit aduersus naturalem ęquitatem primum ius dixisse, vel impetrasse, ità vt licèt esset obligatus, tamen fuerit liberatus: ità vult secundum licèt, & ipse sit obligatus, liberari, & eodem iure vti. Æquitas ergo prætoris, & à prætore considerata, supponit naturalem obligationem: non mirum igitur, si soluti repetitio impediatur.

De Sententia l. 3. §. si rem apud te ff. de acqu. possess. & l. 1. in princ. ff. de Furtis. Cap. XXXVI.

SVMMARIVM.

Furtum est contrectatio. num. 1.
Furtum est possessionis interuersio. n. 2.
Possessio acquiritur interdum, & si res non tangatur. num. 3.
Et quæ nullius sunt, occupanti conceduntur. num. 4.
In possessionem domini redijsse res intelligitur, quando ità apud eum est, vt ei auelli non possit. num. 5.
In possessionem domini redijsse res interdum intelligitur, licèt ipse actu possessionem non apprehenderit. num. 6.
Possessio non nisi animo, & corpore acquiritur. num. 7.
Interdum tamen etiam oculis, & affectu. num. 8.
Meretum possessionem acquirit, qui apud horreum, in quo reposita sunt, claues horrei accipit. num. 9.
Fugitiuus quis solo consilio non fit; sed facto opus est. num. 10.
Si Seruus extra custodiam domini reperiatur bona fide, & incipiat animum habere non redeundi, fugitiuus fit. num. 11.
Ratio redditur. num. 12.
Si quis cum depositario pasciscatur, vt depositis numis vtatur, mutuum contrahitur, & si nummi loco moti non sint. num. 13.
Depositarius, commodatarius, & similes naturaliter possidere dicuntur. num. 14.
Fundi possessionem, vt quis acquirat, non est necesse, vt omnes fundi glebas circumambulet. num. 15.
Explicatur l. 3. §. si rem apud te ff. de acq. poss. num. 16. & seq.
Res, quę apud nos est, solo animo contrectatur. num. 17. & 19.
Qui animum faciendi habet, non facit. n. 18.
Explicatur l. 1. ff. de furtis. num. 20. & seq.
Qui negat rem domino restituere, non statim furti tenetur. num. 21.
Explicatur l. inficiando in princ. ff. de furt. num. 22.

Quam

1 QVamuis † furtum sit contrectatio
l. p. ff. de furtis, non tamen sem-
per naturalis, & actualis contre-
ctatio ad furtum faciendum requiritur,
sed quoties rem alienam habet quis in
potestate sua, vt tangere, & apprehen-
dere nullo negocio possit, solo animo rē
illam sibi habendi, & domino non resti-
tuendi, furtum facit, quamuis rem, quam
in potestate sua habet, non attingat. Ni-
2 hil † enim aliud furtum est, quàm posses-
sionis interuersio *l. p. §. Scęuola ff. si quis*
3 *testamento lib. esse iuss. fuer.* Possessio † ve-
rò acquiritur, & sine aliquo contactu,
dummodo in potestate sit eius, qui ac-
quirit, si velit rem, & manu attingere,
nec aliquis sit, qui ei resistat, vt probatur
*ex l. quaratione §. interdum ff. de acq. rer.
dom. §. interdum de rer. diuis. l. quod meo
§. si venditorem, l. p. §. si iusserim ff. de acqi
possess. iuncta l. 3. ff. de act. empt.* Hac ra-
tione si quis in suo laqueum posuerit, in
quem Aper inciderit, & ità sit irretitus,
vt diu luctando, se expedire non possit,
dominium illius acquirit etiam sine alia
actuali, & manuali apprehensione *l. in*
4 *laqueum ff. de acquirer. dom.* quamuis † ad
dominium acquirendum eorum, quæ
nullius sunt, occupatio, & apprehensio
requiratur *§. feræ inst. tit. de rer. diuis.*
5 Sic † licèt tunc in potestatem domini res
reuersa dicatur, quando ipse possessio-
nem eius nactus est, ità vt ab eo auelli
non possit *l. 4. §. tunc in potestate ff de vsu.*
6 *cap.* tamen † si res domino ignorante,
subtracta fuerit, & postea à fure pæni-
tentia ducto, in eodem loco reposita sit,
statim intelligitur redijsse in domini po-
testatem, ideò furtum purgatum intelli-
gitur sine aliqua apprehensione. Inte-
rest duntaxat, vtrum dominus scierit rē
subreptam, vel non: Si sciuerit, scire etiā
debet rem in potestatem suam redijsse:
Si ignorauerit, non requiritur scientia.
In vtroque tamen casu nulla necessaria
est apprehensio *d. l. 4. §. labeo, & sequ. ff.*
7 *de vsucap.* Possessio † non nisi animo, &
corpore acquiritur *l. 3. in princ. l. quemad-*
8 *modum ff. de acqu. possess.* & tamen † si res
in præsentia nostra sit, etiam oculis, &
affectu possessio acquiritur sine aliqua
actuali apprehensione *l. p. §. si iusserim ff.*
9 *de acqu. poss.* Hac † ratione mercium ac-
quirit possessionem, qui apud horreum,
ipsius horrei claues accipit, in quo mer-
ces repositæ sunt *l. clauibus ff. de contrah.
empt.* nempè, quia nullo negocio posset
horreum ingredi, & manibus etiā mer-
10 ces contrectare; Fugitiuus † quis non fit
solo consilio *l. bouem §. p. ff. de ędil. edict.*
sed facto opus est *l. fugitiuus 225. ff. de
11 verb. sigif.* & † tamen si seruus domini po-
testatem euaserit bona fide, postea co-
gnoscat quid agatur, & cum possit redi-
re, non redeat, statim fugitiuus intelli-
gitur ex eo solùm, quòd non redeat, nec
factum aliquod requiritur *l. si quis sit fu-
gitiuus. §. idem ait ff. de ędil. edict.* Ratio
12 † est euidens, quia cum seruus fugere in-
tendit, agit de se in libertatem natura-
lem, quantum fieri potest, vindicando
*d. l. si quis sit fugitiuus §. idem Celius ff. de
ędil. edict.* ergo potestatem domini opor-
tet, vt euadat; At si seruus iam euaserit,
& extrà domini custodiam sit, cur fa-
ctum, & fuga requiritur? Sic in furto ne-
cessaria contrectatio, vt in potestatem suā
redigat fur rem, quam subripere inten-
dit, si ea res in potestate ipsius sit, ad quid
13 contrectationem requiremus? Hac † ra-
tione, si quis deposuerit nummos, & po-
stea cum depositario paciscatur, vt illis
vtatur, statim mutuum dicitur contra-
ctum, & si nummi loco moti non sint *l.
certi condictio §. fin. ff. si cert. pet.* vbi ca
redditur ratio, quia animo cępit deposi-
tarius possidere, non quòd solo animo
possit quis incipere possidere, sed quòd,
cum iam rem detineat, & in potestate
sua habeat, nihil deficit ad possessionem
præter animum: si ergo animo incipiat
possidere, quid vltrà non requiritur, nam
14 † depositarius, commodatarius, & simi-
lis naturaliter, idest corporaliter possi-
dere dicuntur *l. 2. §. p. ff. pro hærede.* Ap-
prehensio enim corporalis non ad aliud
requiritur, nisi vt rei potestatē apprehen-
dens acquirat, si ergò rei potestatem ha-
beat, frustrà rem ipsam attinget. Qua
15 ratione † etiam is, qui corpore apprehen-
dit possessionem forte fundi, sufficit, vt
partem fundi ingrediatur, eo animo, vt
totum possideat, nec requiritur, vt omnes
glebas

glebas circumambulet *l. 3. §. p. ff. de acq. poss.* nempè quia iam fundus in ipsius potestate est, & in potestate etiam eius est, omnes glebas circumambulare; Quę nã ergò superstitio esset, vt teneretur glebas omnes circumambulare ad possessionem acquirendam, cum res iam in potestate illius sit, nemine possessionem contendente? Sic ergo, si quis fortè depositarius rem alienam domi in potestate sua habeat, & sub sua custodia, si rem illam constituat sibi habere, & domino non reddere, qua superstitione requiremus, vt furtum iste committat, necessarium esse rem illam manu eum attingere?

16 Quid † ergo est, quod legimus *in l. 3. §. si rem apud te ff. de acq possess. si rem apud te depositam, furti faciendi causa contrectaueris, desino possidere, sed si eam loco non moueris, & inficiandi animum habeas plerique veterum, & Sabinus, & Cassius rectè responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur.* Requiritur in hoc textu ad hoc, vt furtum depositarius, qui rem in sua potestate habet, & sub sua custodia, committat, eandem rem loco mouere, nec solum animum sufficere dicitur; & tamen ex dictis videbatur, non esse necessarium, vt depositarius rem attingeret, & loco moueret, sed solum animum sibi habendi sufficere.

Ego ita hunc textum intelligo. Quidã apud se rem habebat depositam, constituit velle se depositum inficiari, quando dominus illud reposcet, rem tamen ipsã depositam occultandi animo non mouit. Quęsitum fuit, an ex eo animo inficiandi, dominus desierit possidere, & an furtum sit commissum; & ad vtrumque responsum fuit negatiuè, nec mirum, quia, qui animum habet inficiandi, interim rem non contrectat, nec interim sibi rem habere constituit, ergo nec furtum facit, quod sine contrectatione non admittitur, nec dominus desinit possidere. Itaq; sic inquit Iuris Cons. *in d. l. 3. §. 1. Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaueris, desino possidere.* Benè est.

17 Sed † quæro quomodo contrectetur res, quæ est apud nos? Non solùm manuali, & actuali rei apprehensione, sed etiam solo animo eam sibi habendi *l. si rem mobilem 47. ff. de acqu. poss.* Ergo etiam si solo animo volueris tibi habere, sicuti ego desino possidere, & tu possessionem interuertis, ità, & furtum committis, Sequitur Iuris Cons. *Sed si. am loco non moueris & inficiandi animum habeas, plerique veterum, & Sabinus, & Cassius responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur.* Quorum verborũ hic est sensus. Si depositarius animum habeat inficiandi, rem tamen loco non moueat occultandi causa, & sic nihil in præsentia faciat, ex quo furtum committatur, sed duntaxat habeat animum inficiandi depositum, quando dominus reposcet; ex hoc solo animo furtum non fit, ex hoc solo animo non desinit dominus possidere, nisi præterea rem interim contrectet, & loco moueat, nam ex illa contrectatione cum eo animo in futurũ negandi, nunc furtum committit. Requirit verò Iuris Cons. rem loco moueri, quia alioqui furtum non fieret, cum ponat depositarium eo tempore non sibi rẽ habere constituere, sed in futurum tantum inficiari; quòd si animum sibi habendi haberet, sine alia contrectatione furtum faceret; qui verò in futurum, animum habet negandi depositum, & nunc occultat, vt tutius negare possit, ostendit se nunc animum habere, rem sibi retinendi, & in futurum, cum reposcetur, negandi. Ergo vis omnis eius responsi in eo est, vt ostendatur, & decidatur ex solo animo inficiandi, furtum non fieri, nõ autem, vt requiratur in furto actualis, & manualis apprehensio. Ratio autem cur, qui animum habet inficiandi, furtum nõ committat, & possessionem non interuertat, ea est, quia † qui animum faciendi habet, non facit *l. bouem §. 1. ff. de adil. edicto.* Vbi seruus quidam fugit ad amicum domini, vt auxilium impetret eo animo, vt si auxilium impetrare non possit, nolit domum reuerti; Quæritur an sit fugitiuus? Respondetur non esse, quia fugere non consilij tantum, sed & facti est, ergo qui in euentum aliquem, consilium fugiendi habet, non fugit. Sic qui 18

habet

habet animum inficiandi, quando dominus reposcet rem depositam, interim nõ habet animũ sibi possidendi, qui enim habet animum faciendi, non facit *l. in bonæ fidei ff. de eo quod certo loco, iuncta l. si quis alij in princ. ff. de re iudic. l. si pœnam ff. de verb. oblig. l. si quis stipulatus sit Stichum §. vlt. ff. eodem, l. quod si nolit § illud planè ff. de ædil. edict. l. non omnes §. vlt ff. de re militari.* Ergo eo solo animo supposito, furtum non committit, nisi tamen rem loco mouerit, idest, vel alienauerit, vel in suos vsus conuerterit, vel occultauerit animo inficiandi. Nam hoc casu furtum committit, non ex animo inficiandi, sed ex contrectatione, quam facit animo interuertendi, inficiatio autem accedit tanquàm ad furtum supprimendum; Itaque supposito solo animo inficiandi in futurum scilicet, nisi res moueatur, vel quid aliud fiat, ex quo ostendatur animus rei interuertendę in præsentia, furtum non fit: Ratio est, quæ in textu redditur, quia solo animo furtum non committitur, sed requiritur contrectatio. In eo casu, qui animum inficiandi habet, habet animum furtum in futurum faciendi: Solus autẽ animus furtum faciendi, non facit furem *l. 1. ff. de furtis*, sed requiritur contrectatio, idest possessionis interuersio. Potest autem interuerti possessio, & sine actuali, & manuali possessione, solo animo, dum scilicet qui rem iam in sua potestate habet, sibi constituit possidere, quo casu, nec solo animo dici potest furtum fieri, cum accedat animo possessionis interuersio, & rei potestas, quæ efficit rẽ solo animo interuerti. Pulcherrimus ad rẽ hãc *text. in l. si ego 9. ff. de Iur. Dot. in fine.*

Et ità omnino, textus hic est interpretandus: Alioqui † cum constet solo animo rem sibi possidendi, depositariũ possessionem interuertere, & dominum desinere possidere *d. l. si rem mobilem 47. ff. de acq. poss.* quia, vt ibi dicitur, rerum mobilium omissa custodia, damnum veteris possessionis adfert, etiamsi (quod magis est) alius possessionem non inuaserit, falsum esset, quod respondetur in hoc textu possessorem dominum manere, si poneremus, eum, qui inficiandi animum habet, interim habere etiam animum sibi

19 possidendi, falsum etiam esset præcisè necessariam esse contrectationem, & loco motionem, vt dominus desineret possidere, & vt furtum fieret.

20 Similis † est textus, & similis interpretatio *l. 1. ff. de furtis*. Vbi videtur prima fronte apertissimè responderi non sufficere, vt depositarius furtum committat, animum illum habere, rem sibi habendi, sed oportere præterea, vt rem ipsam cõtrectet, & occultet: cum enim Iuris Consul. dixerit furtum dictum esse ab eo, quod est ferre, seu auferre, inde infert solam cogitationem furti faciendi, furem non facere subdit, *sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si intercipiendi causa occultauerit.*

Sed animaduertendum est verisimilmum quidem esse sola cogitatione furtum non fieri, sicuti nec sola inficiatione, indè tamen non rectè colligi solo animo rem sibi habendi, furtum, depositarium, qui rem apud se habet, non committere. Sensus *eius l* hic est: Sola cogitatione furtum non fit, videlicet, quia necessaria est possessionis interuersio: sicuti nec etiam sola inficiatione depositi, furtum facit depositarius, sed ità demum, si occultet depositum animo intercipiendi; occultet (inquam) etiam sola illa negatione, neq; enim aliqua vlterius contrectatio requiritur. Quamuis autem sola inficiatione occultet animo intercipiendi, non tamẽ ex inficiatione tenetur furti, non est inficiatio ipsa, quæ furtum producit, sed est animus intercipiendi, ex quo possessio interuertitur. Inficiatio est ordinata, vel potius est quid consequens, quod ex animo illo intercipiendi emanat: Nam quia depositarius constituit sibi habere depositum, ideò negat, non tamen ex inficiatione tenetur furti, sed ex animo illo, ex interuersione possessionis: fieri

21 † enim potest, vt inficiatio sit separata ab animo illo, quo casu furtum depositarius non committit *l. si quis rem ff. de acqu. possess. l. 1. §. est aut. in ff depos.* Ergo inficiationem coniunctam esse cũ animo interuertendi, accidens est; Ergo per se ex inficiatione, furtum non com-

22 mittitur. Quod † comprobatur *ex l. inficiando 69. in princ. ff. de furtis* vbi in-

quit Iuris Conſ. *Inficiando depoſitum, nemo furtum facit* reddit rationem *nec enim furtum eſt ipſa inficiatio, licèt propè furtum eſt* nempe quando coniuncta eſt cū animo interuertendi poſſeſſionem, eo enim caſu eſt ſubordinata ad furtū, vel ei eſt quid conſequens, ex inficiatione tamen furti quis non tenetur, ſed ex poſſeſſionis interuerſione, vt ſubdit Iuris Conſ. in illis verbis, *ſed ſi poſſeſſionem eius adipiſcatur interuertendi cauſa, furtum facit.* Sed erit ne ad poſſeſſionem acquirendam opus actuali apprehenſione, & contactu? minimè; quod oſtendit Iuris Conſ. in ſequentibus verbis, *nec refert in digito habeat anulum an dactyliotheca, quē cum depoſito teneret, habere pro ſuo deſtinauerit*, ex quibus colligitur euidenter ex ſola animi deſtinatione depoſitarium, qui rem in ſua poteſtate habet, furtum committere: Nam nihil dicitur referre depoſitarius deſtinauerit pro ſuo habere anulum, quem habet in digito, quo caſu illum contrectat, & attingit, an verò in dactyliotheca ſit, videlicet non ſit apud ſe, & illum non attingat, ſed in dactyliotheca ſit, in qua alij etiam ſeruantur anuli.

Mirum in modum hæc tota noſtra interpretatio, quæ alioquì quibuſdam violenta videri poſſet, confirmatur ex Baſilicis, in quibus tum lectio *l. 1. in §. 1.* tum *l. inficiando* maximè probant in depoſitario ſolum animum intercipiendi ad furtum ſufficere.

Verſio earum legum interprete primùm Iacobo Cuiacio, qui librum duntaxat ſexageſimum latinum fecit, deindè Doctiſſimo, & eruditiſſimo Carolo Annibale Fabbrotto, ea eſt

l. 1. in §. 1.

Fur ex ſola animi deſtinatione non ſit. Et ideo inficiator depoſiti, niſi intercipiendi cauſa inficiatur, fur non eſt. Lex Inficiando; vel quę in Baſilicis huic l. reſpondet, à Cuiacio ponitur ſub n. 68. Apud Fabrottum verò eſt ſub n. 67. Et ità ab vtroque vertitur.

Celſ. *Qui inficiatur depoſitum non tenetur furti, niſi & animum habeat eius habendi ſibi.*

Ad l. falſus 47. in princ. & §§. ſeq. ff. de furtis multa Iuris loca explicantur, & præcipuè l. quoniam ff. de condict. furt. l. 3 ff. de pignor. act. Cap. XXXVII.

SVMMARIVM.

Furtum is non facit, qui ex voluntate domini habet. num. 1.
Licèt coacta. n. 2.
Plures proponuntur difficultates ad legem, quę explicatur. n. 3.
Falſus creditor, quis ſit. n. 4. Item quis falſus procurator. ibid.
Explicatur l. falſus in princ. ff. de furt. n. 5. & ſeq.
Se falsò dicens creditorem, dummodo in perſona non mentiatur, furtum, pecuniam indebitam accipiendo, non facit. n. 6.
Actio doli eſt ſubſidiaria. n. 7.
Prędo mercedem à conductore accipiens, furtum non facit. n. 8.
Explicatur l. falſus §. 1. ff. de furtis n. 9.
Explicatur d. l. falſus §. ſi is qui indebitū. n. 10.
Explicatur l. quoniam ff. de condict. indeb. n. 11. & ſeq.
Refertur communis expoſitio. n. 12.
Reprobatur. n. 13.
An dolo inductus ad ſoluendum, transferat dominium ſub conditione ſi debeat. n. 14.
Explicatur d. l. quoniam ex ſententia Authoris n. 15.
Explicatur d. l. qui fundum §. ſeruus ff. pro emptore. n. 16.
Explicatur l. nec vllā § 1. ff. de petit hęred. n. 17.
Explicatur l. 3. ff. de pignor. act. n. 18.
Reprehenditur Doctorū interpret. ad d. l. 3. n. 19.
Reprehenditur etiam Antonius Faber. n. 20.

1 FVrtum is facere nō poteſt, qui ex voluntate domini habet *l. inter omnes §. rectè, l. qui vas §. qui ex voluntate ff. de furtis* ità vt † quamuis dominus
2 dolo, vel metu ad volendum inductus ſit, tamen furti, accipiens non teneatur, vt probatur *ex toto tit. ff. quod metus cauſa, & toto tit. ff. de dolo* licèt enim dolo quis, vel metu, cui ſemper dolus ineſt *l. ſi cum exceptione §. eum, qui metum ff. quod metus*

metus causa induxerit aliquem ad dandum, tamen furti actio non competit, quod ex eo cōstat, quia quoties alia actio competit, cessat de dolo *l. 1. §. 1. & §. ait prætor, l. & eleganter in princ. & passim ff. de dolo.* Confirmatur *ex l. falsus hac nostra §. si quis nihil ff. de furtis.* Et verò si qui vim intulit, & aliquem coegit ad possessionem sibi tradendam, fur non est *l. si cum exceptione §. qui vim. ff. quod metus causa* cuius sanè rei ratio est, quia voluntatem domini habuit, nam, & vi, & metu, vel dolo inductus, licet coactus, vel deceptus voluerit, voluit tamen *l. si mulier §. fin. ff. quod metus causa l. fin. ff. de dolo.* Multò minus fur erit, qui dolo tantum ad volendum induxit, nulla enim hoc casu voluntati fit impressio.

3 Respondetur † tamen *in l. falsus 47. in princ. ff. de furtis* eum, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facere, & nummos eius non fieri, quod suprà dictis videtur contrarium; Nam, & is, qui se simulat creditorem, licèt fortè fallat, & decipiat eum, qui vere debitor non est, tamen habet domini voluntatem, qui soluit, volens liberari; & ideò etiam dicendum videtur dominium trāsferre, cum constet, eum, qui indebitum soluit, dominium tamen transferre, & ideò non vindicatio ei, qui soluit, sed indebiti accomodatur condictio *toto tit. ff. de cond. indeb.* Quòd si falsus creditor nūmos à debitore accipiendo, furtum facit, cur furtum similiter non facit falsus procurator, cui debitor ità dat, vt velit in eum dominium transferre? etiam in creditorem voluit transferre dominium; Si procurator ea ratione furtum non facit, quia voluntate domini accipit, vt respondetur *in l. falsus hac nostra §. 1.* eadem ratione dicendum videtur, nec furtum facere creditorem, qui & ipse voluntate domini accipit: Nec quid facit falsum esse creditorem, & sic debitorem decipere, nam, & *in dicto §. 1.* falsus proponitur procurator, qui & ipse decipit debitorem: Præterea quid est quod dicitur *in §. si is qui indebitum huius legis* Indebitum accipientem, furtum facere, freo delegante, & presente, alteri pecunia sit soluta? Quomodo fieri potest, vt indebitum accipiens, furtum faciat, si in illum dominium rei transfertur, vt diximus; Et tamen furtum eum facere rursus respondetur *in l. quoniam ff. de condict. furt.* si scilicet indebitum, sciens acceperit: ità vt indebitum etiam sine vlla arte accipiens, falso creditori æquiparetur *l. qui fundum § seruus ff. pro emptore:* An dicendum est, nihil operari domini voluntatem ad hoc, vt recipiens à furto excusetur? Vt respondeti videtur *in l. 3. ff. de pignor. act.*

Sunt hæc, quę Doctores nostri in suis distinctionibus inconstantes, non benè componunt: Itaque videamus quomodo hęc sint explicanda.

4 Et quidem † prętermittendum est propriè falsum creditorem esse eum, qui veri creditoris nomine adsumpto, debitorem decepit, vt respondetur *in l. si vendidero § falsus autem ff. de furtis,* Quamuis enim, & is, qui creditorem se dicit, cum creditor non sit, falsus creditor videatur dici posse *argumento l. 1. §. quoties ff. de vi, & vi armata, l. 3 ff. rē ratam hab.* vbi & falsus dicitur procurator, qui mandatum non habet, licèt alterius nomen non adsumat; Tamen ille potius procurator dicendus est non verus, quàm falsus procurator: falsum enim procuratorem, qui dicit, supponit verum, cuius veri procuratoris, falsus nomen, & personam vel sadsumere; Sic & qui dicit creditorem falsum, supponit verum creditorem, ergo, vt falsus dicatur creditor, opus est, vt adsumat nomen veri creditoris, sic & falsus procurator, vt veri procuratoris nomen adsumat, & hic est sensus *d. l. si vendidero §. falsus autem ff. de furtis* dicitur enim ibi falsum procuratorem, ità demum furtum facere, si alienum nomen adsumpserit, quę verba *ità demum* limitatiua sunt ad casum, & conditionem importans *l. Iulianus noster ff. de cond. & dem.* Quod tamen falsissimum videri potest, nam ad hoc, vt furtum procurator faciat, tantum abest, vt necessarium sit, illum alienum nomen adsumere, quinimò etiam si verus sit procurator, & accipiat animo interuertendi, furtum facit, ergo multo magis furtum faciet, qui animo interuertēdi rem accipit, si verus pro-

procurator non sit, quamuis nomen alienum non assumat *l. cum quis §. 1. ff. de solut* Quòd si etiam falsus procurator, qui nomen alienum assumpsit, animum intercipiendi non habeat; ex eo tantum, quod falsus sit, furtum non committit, quia furtum sine affectu furandi, non cõmittitur *§. item si is inst. tit. de vsucap.* Ergo quod dicitur ità demũ falsum procuratorem furtum facere, si nomine alieno, & veri procuratoris assumpto, debitorẽ circumuenerit, ità ex mente Iuris Cons. intelligendum est, vt ità demum tãquàm falsus procurator furtum faciat, si alienum nomen assumpserit, vt ibi potius doceat quis falsus sit procurator, quàm quo casu falsus procurator furtum faciat; idem verò subdit Iuris Cons. dicendum de creditore, idest, vt ità demum falsus sit creditor, si nomen assumpserit veri creditoris.

4 Ergo † quod dicitur *in princ. l. falsus 47. ff. de furtis* falsum creditorem, idest qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facere, intelligendum est de eo creditore, qui ità se creditorem simulat, vt alienum, & veri creditoris nomen assumat, quod probatur *ex eadem l. §. si qui nihil in persona*, vbi dicitur, eum, qui nihil in persona sit mentitus, licèt deceperit debitorem, non tamen furtum cõmittere, ex quo §. ostenditur, in antecedentibus §§. actum esse de his, qui in persona sunt mentiti, sed alienum nomen assumpserunt, nam is qui tantummodo se dicit creditorem, cum non sit, non mentitur in persona, quinimò, nec, is qui seruus est, & se liberum affirmat, nec qui filiusfam. est, & se dicit patremfam. mentitur in persona, & ideò furtum non facit, nempè, quia dominus vult in eum, dominium transferre, vt probatur *ex l. si quis vxori §. seruus, qui se liberum ff. de furtis.*

6 Confirmatur † *ex l. si legatarius de dolo*, vbi is qui falsò persuasit hæredi, vt integra solueret legata, quòd locus falcidiæ non esset, furti non obligatur, quod probatur, quia actione de dolo conuenitur, vt ibi dicitur, quæ † est subsidiaria, &

7 non datur vbi alia actio competere potest *l. 1. §. 1. §. ait Prætor, & passim ff. de dolo.* Ergo licèt ille creditorem in maiori summa falsò se dicat, quia nihil mentitur in sua persona, furtum non facit. Sic

†& prædo recipiens mercedes à domino locationis factæ furtum non facit, quãuis se dicat falsò creditorem *l. si vrbana ff. de condict. indeb.* nempè quia in eum, soluens, dominium vult transferre, & transfert, ideò condictione indebiti prędo conuenitur, vt ibi; Ergo *in princ. l. nostra*, quod dicitur, creditorem falsum, furtum facere, intelligendum de eo, qui alienum nomen assumpsit; nam si nihil in sua persona mentitus esset, furtum non commisisset; ratio autem est, quoniam quando aliquis decipit debitorem, asserendo sibi deberi ex aliqua causa, nomen tamen alienum non assumendo, tunc debitor, qui existimat, se debere illi, qui se asserit creditorem, eidem soluit animo in eum dominium transferendi; itaque is, licèt creditor non sit, non tamen furtum facit, quia ex voluntate domini accipit; At verò quando quis in persona sua mentitur, & nomen veri creditoris assumit, tunc debitor idemque dominus voluntatem habet transferendi dominium in verum creditorem, à quo vult liberari; Cum autem ille; qui accipit, verus non sit, deficit voluntas, ergo dominium non transfertur, & quia animo intercipiendi falsus creditor accipit, ideò furtum committit, vt contingit etiam in *l. quis vxori §. cum Titio ff. de furtis.*

9 Sed † cur igitur falsus procurator furtum non facit, si dominus in ipsum velit dominium transferre? *d. l. falsus §. 1.* Videtur enim dicendum, etiam ipsum furtum facere; Quamuis enim dominus velit in ipsum, dominium transferre, tamen vult magis in illum transferre, cuius nomen ipse procurator assumpsit, nam in hunc transferre vult, quia putat illum esse, quem se simulat, sicuti quando soluit falso creditori, vult dominium transferre, non tamen transfert, quia error est in persona; ità, & qui soluit falso procuratori, vult in verum, dominium transferre, ergo cum æquè erret in persona, dominium in hunc falsum non transfert, ergo intercipiendi animo accipiens, furtum committit. Neque enim responderi potest agi hic de falso procuratore, qui

se procuratorem dicit, nihil tamen in persona mentitur, si enim volumus *in principio legis* falsum creditorem accipi, qui alienum nomen adsumpsit, æquè dicendum est, in verbis immediatè sequētibus, falsum procuratorem accipi illum, qui alienum, & veri procuratoris nomē adsumit, alioqui non est verisimile eodē in loco, alio, & alio sensu falsum creditorem, & falsum procuratorem accipi.

Respondeo assignando rationem differentiæ inter falsum creditorem, & falsum procuratorem: Qui dicit se verum creditorem esse, eiusq; nomen adsumit, ità inducit debitorem ad soluēdum, quia existimat debitor, hunc, qui falsus est, illum verum esse; & quia, huic soluit tanquam illi, quia ab illo vult liberari, cum error sit in persona, & ita deficiat consensus, dominium non transfertur, & sic creditor falsus furtum committit. At verò is, qui se dicit verum procuratorem esse, nomen veri procuratoris assumendo, non inducit ex eo debitorem ad sibi soluendum, ità vt in se etiam dominium transferat, quasi in verum procuratorē; nam necessarium non est, dominium transferre in procuratorem, vt quis liberetur, sed procuratori soluitur, vt dominium transeat in verum creditorem, vel res datur procuratori, domino, idest creditori perferenda. Itaque si velit debitor in hunc, dominium transferre, non decipitur in trāslatione ab ipso falso procuratore, nec dici potest hoc casu voluisse transferre dominium in verum procuratorem, non in falsum, vt diximus in creditore: Nam immò voluit transferre in hunc, non in alium verum, licèt hunc verum crediderit argumento *l. eum, qui nocentem §. si iniuria ff. de iniurijs*. Debitor enim, neque verum, neque falsum procuratorem antea cognoscebat, sed cum falsum cognouerit, probum virum existimauit, & voluit dominium in illum transferre, ergo transtulit, quia in corpore non errauit.

Nec verò hoc casu ea est ratio, quæ in creditore falso, nam vt dicebam, ad hoc, vt debitor liberetur, oportet, vt soluat creditori vero, ergo debitor, qui soluit, vt liberetur, soluit, & vult dominium transferre in falsum creditorē tanquàm verum: Cum autem verus ille non sit, deficit voluntas, ideò dominium non transfertur: At is, qui soluit procuratori, & dominium in ipsum transfert, non agit de se liberando ea solutione, ergò nihil interest falso, an vero soluat: Cum autem verum non nouerit, vult in istum falsum transferre, & licèt in nomine erret, & decipiatur, in corpore tamen nō errat, ergo non mirum, si dominium transferat, & furtum iste non committat, qui voluntatem domini habet.

10 Ex † his explicandus est *§. si is, qui indebitum eiusd. l. falsus* vbi is, qui indebitum accipit, dicitur furtum facere, & quidem, non si ipse accipiat, sed (quod magis est) si eo præsente, & delegante, alteri debitor soluerit quasi scilicet longa manu ipse idem pecuniam acceperit, vt dicitur *in l. pecuniam ff. de solut.* nempè intelligendus textus est de falso creditore, qui indebitum accipiat, nam & in præcedentibus agitur de falso creditore, & falso procuratore, ergò quod subijcitur de indebitum accipiente, similiter intelligendum de eo, qui alteri debitum accipit, cuius nomen, ipse accipiens assumit, quod etiam probatur *ex sequenti §.* vbi subijcitur, si quis nihil in persona sua fuerit mentitus, sed tamen falsa asseuerans, deceperit creditorem, non tamen furti teneri, ex quo intelligimus suprà ergo dictum esse de his, qui in sua persona mentiti sunt.

11 Similis est † textus *in l. quoniam ff. de condict. furt.* vbi dicitur indebitum scienter accipientem, furtum facere: Quem

12 † textum ità communiter intelligūt Doctores, quos etiam sequitur Antonius Faber *in rationalibus ad eam l.* vt non semper indebitum accipiens, furtum faciat, sed eo tantum casu, quando dolo inducit creditorem ad soluendum eo, quia se asserit creditorem esse, cum non sit: si enim sponte debitorem se credens, indebitum soluat, dicunt, accipientem, quamuis sibi indebitum sciat, furtum nō committere: rationem assignant differētiæ, quoniam quando ipse debitor propria facilitate inductus, credit se debere, & soluit, transfert dominium in accipien-

pientem, quia certò credit se debitorem esse: ergo cum animum habeat transferendi dominium, non potest accipiens, qui voluntatem domini habet, furtum facere: At verò quando ipse non credit se debitorem, sed falsus creditor, is scilicet, qui creditor non est, eum decipit, dum affirmat se creditorem esse, tunc soluens dubitat, an verè debitor sit, an non, & sic animo titubanti soluit, & ideò soluere censetur sub conditione videlicet, si verè debitor sit, alterque verus creditor *argum l. si me in vacuam ff. de acq. poss.* & *l. voluntate ff. quibus modis pign. vel hypoth. solu.* Neque verò illud recipere possunt Doctores, vt à sponte soluente recipiens etiam scienter indebitum, furtum faciat; Nam alioquin, vt Bart. dicit, destrueretur *totus titulus de cōdict. indeb.* Certè passim proponitur ibi (vt Bart. sententiam confirmem) soluta pecunia, ex putatiuo debito, quam recipiens indebitam ignorare non poterat, cum ageretur de facto proprio, vt præcipuè contingit *in l. Stichus 67. §. Titius ff. de cond. indeb.* Potest fortè videri ad rem facere *l. in summa 67. §. si seruum ff. eod. tit.* sed certiùs probatur *ex l. seruum meum 37. ff. eod.* vbi scienter vendens seruum domino, acquirit dominiū pecunię à domino pro precio solutæ, & tamen ex nulla causa, & indebitam accipit, nam rei suę emptio nulla est *l. suæ rei ff. de contrah. empt.* & ideò aduersus eum competit repetitio, & condictio indebiti: Apertissimè id etiam probatur *ex l. si vrbana 55. ff. eod. tit. de cond. indeb.* vbi prædo accipiens mercedes ex locatione facta à domino, dominium acquirit, & condictione indebiti conuenitur.

13 Cęterùm † licèt ego existimem verissimum, non vnumquemque obligari furti ex eo, quòd scienter indebitum receperit, tamen eam distinctionem probare non possum, an ipse sua sponte soluat debitor, an verò dolo inductus, vt primo casu simpliciter soluat: secundo sub conditione; nam vt probauimus suprà, etiam in eum, qui nos dolo, metu, vi ad soluendum induxit, dominium transfertur, ergo & in eum, qui se creditorem falsò asserit, vt nos supra firmauimus, dummodo scilicet alienum nomen non adsumpserit; hoc namque casu furtum facere probauimus.

14 Ex † eo autem, quòd quis dolo sit inductus, non transferri dominium sub cōditione, sed simpliciter, & absolutè: probatur euidenter *ex l. si legatarius ff. de dolo* vbi si legatarius dolo inducat hæredem ad sibi soluendum suprà modum l. Falcidiæ, non tenetur furti, sed de dolo, quòd arguit furti non teneri: alioqui cū actio de dolo non detur, quoties alia cōpetit, vt dicebamus suprà, nec eo casu daretur; At si dominium ab hærede non esset translatum, sinè dubio legatarius furtum faceret, qui animo lucrum faciēdi rei alienæ acciperet. Sed certissimum est argumentum *ex l. fin. C. de Condict. indeb.* Proponebatur quis animo titubanti soluisse, cum dubitaret, an verè debitor esset, & an verè creditor esset recipiens, eum tamen recipiens, se creditorem cōtenderet: Quærebatur, an repeti pecunia posset, si apparuisset indebitum solutum: Aliqui existimabant posse, quia indebitum soluit: Aliqui contrarium verius credebant, quòd scilicet videri posset solutum ob transactionem, quia scilicet præcessissent ea de re lites inter debitorem, & creditorem saltem extraiudiciales: Decreuit Iustinianus nullam transactionem factam intelligi, sed superesse ei, qui soluit, condictionem indebiti: Quo sic stante, quęro ego, cur Iustinianus, cur antiqui, qui credebant transactionem nullam esse, darent condictionem indebiti ei, qui soluit, cur non dabant ei, qui titubanti animo soluit rei vindicationē? Argumentum euidens est, etiam eum, qui soluit, dubitans se debitorem esse, dominium transferre: Et verò ratio non deest, nam dubiū non versatur in translatione, sed in causa: Imò dubium omne sopitum ex eo intelligitur, quòd debitor soluit: Si adhuc dubitaret, non solueret, sed quia credit tandem se debere, soluit; soluere, est dominium transferre, idest vt quis soluat, necesse est, velit dominium transferre, alioqui non liberaretur *l. qui sic soluit ff. de solut.* ergò qui soluit, intelligitur dominium transtulisse; si volebat transferre sub conditione, non de-

bebat

bebat simpliciter soluere, sed soluere sub conditione; Cum simpliciter soluat, omne dubium deposuisse ostendit.

Praeterea ea Doctorum interpretatio non soluit difficultatem, & argumentum, quod deducitur *ex d. l. quoniam.*, vbi indistinctè dicitur, indebitum scienter accipientem, furtum facere.

15 Itaque † ego respondeo, quod dicitur *in d. l. quoniam.: Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit*, non absolutè, & generaliter accipiendū, sed quasi sic diceretur, *quoniam interdum furtum fit, cum quis indebitos nūmos sciens acceperit* nec violentum videri debet, quòd absolutè dicitur, nos ità temperare, vt non semper, sed aliquando verum sit: Nam ibi non quaeritur, an sciens indebitos nummos accipiens, furtum faciat, neque hoc ibi decidere intendit Iuris Consf. sed quaestio est, an furto facto, condictionem furtiuam habeat procurator, qui soluit, an is, cuius nomine soluit. Vt autem haec quęstio tractari posset primo supponendum erat, furtum fieri, si quis nummos indebitos acciperet, nam si nullo casu indebitos nummos scienter accipiens, furtum faceret, non posset locus esse quaestioni, quę discutitur *in d. l. quoniam*. At vt ei quęstioni locus esse posset, sufficit aliquando indebitos nummos accipientem, furtum facere, nec necessarium est semper: ergò nec necesse est, nos ita ea verba intelligere, vt semper furtum faciat is, qui indebitum scienter accipit, sed sufficit, vt illud aliquando verum sit.

Tunc autem furtum faciet is, qui scienter indebitos accipiet nummos, quoties veri creditoris nomen adsumet, & in sua persona mentietur, vt explicauimus supra *ex d. l. falsus. §. si is, qui indebitum.*

16 Neq; obstabit *l. qui fundum. §. seruus. ff. pro emptore*, vbi indebitum sine vlla arte accipiens, equiparatur falso creditori; Nam respondeo nihil interesse, quantū spectat ad vsucapionem: Cum enim ad vsucapionem bona fides requiratur, eque non vsucapiet, qui scit indebitum accipere, quamuis nulla arte inducat debitorē ad soluendum, prout ille, qui dolo inducit debitorem ad soluendum. Ergo si mandatarius, manumisso alienum fundum soluat, quia scilicet venditor dominus non fuerit manumissus, non vsucapiet.

17 Similiter † neque aduersus dicta à nobis supra obstaret textus *in l. a. c. vllū 13. §. 1. ff. de petit. hered.* vbi petitione hęreditatis agitur, quę in rem est, aduersus accipientem scienter indebitum legatum ex falsa causa, qui dicitur pro possessore possidere, ergo dominus non est effectus, alioqui pro suo, & suum possideret: vnde probari videtur in eum, qui scienter indebitum accipit, non transferri dominium: Nam facilis esset responsio, nempè eū pro possessore possidere, qui sciens indebitum legatum ex falsa causa acceperit à non vero haerede, vel etiam à vero, sed tamen, qui dominus non fuit.

18 Tandem † quantum pertinet ad textum *in l. 3. ff. de pignor. act.* quem suprà adduximus, ex quo deduci videbatur, dominii voluntatem non excusare à furto, si dolo dominus inductus sit ad dandum: Ibi enim creditor dolo inductus à debitore, qui asserebat statim se soluturum, quod debebat, pignus debitori restituit, & respondetur, furti, debitorem, qui debitum non soluit, teneri.

Animaduertendum est non ita absolutè, & indistinctè proferendum, debitorem, qui pignus recepit à creditore sub spe numerationis statim futurę, furtum committere, sed eo duntaxat casu committere, de quo ibi agitur.

Casus autem ita ponendus est. Debitor domum creditoris ingressus, eūdem ibi existentem adiuit, & simulauit velle se, eo instanti, debitum soluere, ideoque rogauit creditorem, vt pignus, & ipse acciperet, vt posset eodem contextu restituere. Creditor credens, pignus accepit, & exhibuit eo animo vt vna manu pignus restitueret (vt dici solet), & alia debitam sibi pecuniam acciperet: debitor pignus accipiens, per fenestram misit, id excepturo, quem de industria ad hoc ibi posuerat, posteà debitum non soluit; Respondetur furti teneri; Et ratio est, quia, vt dicitur in eo textu, nec redditum pignus, sed per fallaciam ablatum intel.

intelligitur; Neque enim creditor verè reddidit, cum nondum esset perfectum negocium, neque enim animum dissoluendi, & liberandi pignoris habuit, imò nec restituendi antequàm sibi debitum esset solutum; Potius igitur interim tradidit, vt debito soluto, restitueret, neque enim ità tradidit, vt restitueret simpliciter, sed cum perfectum esset negocium, idest cum pecuniam debitam accepisset, alioquin antea, nec pignus asportari voluisset: Ergo nulla fides habita est de debito postea soluendo, & non ità tradidit, vt liberaret pignus, vt dici posset, voluntatem habere creditoris, debitorem, alioquin etiam si debitor fuisset deceptus, pignus fuisset liberatum *l. si rem §. omnis ff. de pignor. act.*

19 Malè † igitur Doctores dicunt absolutè furtum committere debitorem, qui pignus à volente creditore recepit, ex eo, quia inde statim non soluerit, vt creditor sperabat. Nam sine dubio hoc casu, habita scilicet fide de futura solutione, verissimum existimarem, furtum nõ committere debitorem, qui voluntate creditoris pignus acceperit, licèt ad pignus restituendum arte, & calliditate induxerit: nam furtum non facit, qui voluntatem domini habet; licèt enim creditor fuerit deceptus, tamen in causa deceptus fuit, quæ ad tradendum induxit, quia scilicet credidit breui debitorem vicissim debitum soluturum, sed non defuit voluntas in ipsa restitutione, quod sufficit ne creditor furti teneatur. Et quãuis vellent Doctores, eum, qui sub spe futuræ solutionis restituit pignus, fidem non habere debitori, sed veluti sub conditione restituere, si scilicet debitum breui, vt debitor promiserat, fuerit solutũ; Tamen adhuc verum erit, furtum non facere debitorem, pignus sibi à creditore voluntate traditum accipiendo, sed ad summum dici poterit, non secuta suo tempore solutione, si reposcenti pignus creditori, debitor non tradat, tunc furtum facere, quia tunc contra creditoris voluntatem, pignus retinet non simpliciter, sed veluti sub conditione restitutum, quæ defecit.

20 Malè † etiam Antonius Faber *in rationalib. ad eam l.* ponit casum in creditore, qui pignus per fenestram miserit, nam præterquam quòd ex ea interpretatione Doctorum sententia iuuatur; quæ falsa est, vt ostendimus, ineptus esset casus ibi à Iuris Conf. propositus; cur enim per fenestram creditor pignus mitteret, & quid ex eo sequeretur, quòd per fenestram misisset? Ad quid fuisset illud à Iur. Conf. exprimendum?

Actor non tenetur edere reo ad fundandam exceptionem suam, nec reus actori ad fundandam replicationem: Explicantur l. 5. 6 & vlt. C. de edendo. Cap. XXXVIII.

SVMMARIVM.

Actorem teneri edere reo ad exceptionem fundandam probatur. num. 1.

Actor ad intentionem suam fundandam, sibi edi iure postulat. num. 2.

Quæ sit ratio differentię inter actorem, & reum. num. 3.

Reus edit actori ad fundandam replicationem. num. 4.

Ex defectu probationum, etiam actori editur. num. 5.

Actori ex causa reus edere compellitur. num. 6.

Reprobatur communis sententia reo ab actore edendum num. 7. & sequ.

Arma de domo aduersarij non sunt petenda. num. 8.

Reus in sua exceptione est actor. n. 9.

Et tenetur suam exceptionem probare. numer. 10.

Fauorabiliores sunt rei, quam actores. n. 11.

Quomodo id intelligendum. num 12.

Doli exceptione repelli non potest, qui dolo non facit. num. 13.

Dolo non facit, qui suo iure vtitur. num. 14.

Donellus duabus adductis rationibus probat dolo facere actorem, qui reo negat edere ad exceptionem fundandam. num. 15.

Reprobantur rationes Donelli. num. 16.

Exceptio est actionis exclusio. num. 17.

Defenditur actorem reo edere non teneri ad fundandam suam exceptionem. num. 18.

Expli-

Explicatur l. non est nouum C. de edendo. n. 19.
Explicatur l. iustum C. de edendo. num. 20.
Explicatur l. fin. C. de edendo. num. 21.
Explicatur l. si plures C. de fide instrum. n. 22.
Explicatur l. si quis §. fin. ff. de edendo. num. 23.

1 Communis † omniū consensu recepta est opinio, quæ nec ab aliquo in controuersiam reuocatur actorem teneri edere reo ad fundandā exceptionem. Putà petit Titius à Seio centū, quę mutua ei dedisse asserit, & quod asserit, probat; Seius solutionem eorum centum allegat, & instat actorē edere rationes suas, ex quibus apparebit, ipsū eundē 2 actorē in suas rationes, solutionem retulisse, & sic reus petit actorem edere ad fundādam exceptionem suam: Communis (inquam) opinio est, & sine controuersia recepta actorem teneri hoc casū edere reo, ad hoc, vt possit exceptionem suam comprobare.

Mouentur Doctores ad id sentiendum ex iuris locis (vt videtur) apertissimis: Nam *in l. non est nouum 5. C. de edendo* respondetur nouum non esse, eum, à quo petitur pecunia implorare rationes creditoris, vt fides veri constare possit: Clarius adhuc id decidi videtur *in l. iustum 6. C. eod.* Vbi dicitur iustum esse desiderium eius, à quo pecunia petitur, licet nomine publico petatur, rationes publicas exhiberi, vt constare possit quid ab ipso fuerit solutū; Quod si reus rationes publicas sibi exhiberi iure postulat, quando nomine publico conuenitur, multo magis iure postulabit, sibi exhiberi priuatus, quādo nomine priuato conuenietur: similis textus est *in l. illata C. de fide instr.*

2 Et † quamuis actor non iure desideret sibi à reo rationes edi, & instrumenta ad suam intentionem fundandam *l. 1. l. 5. C. de edendo*, tamen non idem ius in reo statutum est, qui petere iure potest ad suam exceptionem probandam, instru- 3 menta sibi ab aduersario edi, cuius † discriminis ratio redditur *in l. fin. C. eod. tit.* Quando enim reus ab actore rationes promi desiderat, doli exceptione submoueri actor potest, qui edere negat: At si actor à reo rationes exhiberi petat, iniquum est originem petitionis ex instrumentis eius, qui conuenitur, fundari.

4 Confirmatur † communis Doctorum sententia *ex l. pen. §. fin. ff ad l. Falsid.* cum enim etiam reus edat. actori ad fundandam replicationem suam, vt ibi; ęquum etiam est actorem reo edere ad exceptionem suam probandam. Solent etiam Doctores in hanc rem adferre *l. plures C. de fid. instr.* & eo etiam vti argu- 5 mento, quia † ob defectum probationū, edendum est etiam actori *l. si quis ex argentarys §. fin. ff. de edendo*, ergò multò magis reo, vt potè qui, cum improuisò petatur, promptas non habet probatio- 6 nes. Et † si reus ipse ex causa actori edere compellitur *l. 1. C. de edendo* quantò magis tenebitur actor reo, qui semper iustam causam habet petendi sibi edi, vt potè qui imparatus conuenitur ab actore benè instructo, & ad causam parato.

7 Mihi † tamen nunquàm hæc communis sententia placuit, vt quę à iuris principijs aliena mihi semper visa fuit: Nam sicuti iniquum iudicatur *in l. fin. C. de edendo* originem petitionis ex instrumentis eius, qui conuenitur, fundari, ità ex paritate rationis iudicari debet iniquum, originem exceptionis ex instrumentis eius, qui agit, similiter fundari: 8 Nimis † enim graue est petere ab aduersario, vt ea exhibeat, per quæ negocium sibi fiat, vt dicitur *l. nimis graue C. de test.* Vnde inferiur, quę in quę intentionis suę probationes ad ferre debere, non ab aduersario contra semetipsum exigere, quę quidē ità indistinctè dicuntur, & generaliter, vt ęquè ad actorem, & reū per- 9 tineant. Nā † & reus in exceptione actor 10 est, *l. 1. ff. de except.* & † ita debet exceptionem suam probare, pro vt actor suā intentionem *l. in exceptionibus ff. de probat.* At vero actor à reo petere non potest, vt edat sibi rationes suas ad fundandam intentionem, vt in confesso est, ergo nec etiam reus ab actore; Quamuis 11 enim dici soleat fauorabiliores esse reos, quàm actores *l. fauorabiliores 125. ff. de* 12 *reg. iuris*, tamen † non adeò latè id est intelligendū, vt omnia reo permittantur, quę actori non conceduntur, sed vt in pari causa sit fauorabilior reus, vt putà, si vel sit absoluēdus, vel condēnandus, in dubio

potius absolui debet *l. in pari 128. ff. de reg. iur.* Adde *l. inter pares ff. de re iudicata*, vt omnes eruditiores explicant: Cęterùm in iudicijs, inter actorem, & reum æqualitas seruanda, & quod vni conceditur, & alteri est concedendum *l. fin. C. de fruct. lit. & expens. l. in sacris. scrinijs 12. §. vlt. C. de prox. sacr. scrin. lib. 12.*

Et verò nullum discrimen hac in re inter actorem, & reum esse probatur *ex d. l. fin. C. de edendo:* cum enim *in l. non est nouum* idem Alexander *l. fin.* author rescripsisset non esse nouum, eum, à quo petitur pecunia, implorare posse rationes creditoris, vt fides veri constare possit, & Antoninus *in l. 4. C. eod. tit.* rescripsisset non posse, eum, qui agit petere sibi edi aliena instrumenta, sed proprias habere eum oportere probationes; cumque viderentur rescripta hæc contraria: Imperator Alexander *in d. l. fin.* ostendit contraria non esse, & adfert rationem diuersitatis; Ratio autem est quantum pertinet ad decisionem *d. l. 4.* quia, vt idem dicit Alexander, durum est, originem petitionis suę actorem fundare in instrumentis rei. At vero rationem, cur is, qui conuenitur, possit petere ab actore rationes edi, vt respondetur *in d. l. non est nouum* eam reddit Alexander, quia ille, scilicet actor, nisi exhibeat, potest doli exceptione submoueri: Si itaque actor non possit doli exceptione submoueri, nisi edat, locum non habebit decisio, de qua *in d. l. non est nouum*, deficiet enim eius decisionis ratio: Sed si actor ad rei petitionem, qui ex actoris instrumẽtis vult suam exceptionem probare, edere neget, non potest à reo doli exceptione repelli, ergo ad hunc casum non pertinet decisio *d. l. non est nouum, & l fin.* Non posse autẽ reum doli exceptionem obijcere, quando ipse excipit, & ad exceptionem probandã petit rationes acto-

13 ris sibi edi, probatur † quia doli exceptione submoueri nõ potest ille, qui dolo nihil facit *l. 1. & 2. ff. de doli mal. & met. excep.*

14 At † verò dum actor sua instrumenta contrà se edere negat, suo iure vtitur, ergo dolo non facit *l. nullus ff. de reg. iur.* cum imò iniquum reus petere videatur, & quòd naturæ repugnat: quisquis enim se ipsum, & sua conseruare, non destruere natura docetur.

15 Donellus † *ad d. l. fin. C. de edend.* duas adfert rationes, ex quibus probare contendit actorem, qui non vult edere reo ad fundandam suam exceptionem, dolo facere: prima est, quia suscipiens probationem alicuius rei, quam veram asseuerat, nihil videtur reijcere, quo possit rei veritas constare. At dum actor negat edere rationes suas, reijcit id, quod potest veritatem demonstrare, ergo dolo facit: secunda est, quia dolo facit, qui reo non præstat, quod ipse desiderat, desiderat actor à reo veritatem, ergo dolo facit, dum illam prius non prę̈stat editis rationibus.

16 Cęterùm † hæ causæ, & rationes, quãuis verę essent, non tamen concluderent actorem non edentem in supradicto casu dolo facere; Nam quod attinet ad primam, ea nihil magis concludit, quàm actorem, dum dicit (exempli gratia) mutuam pecuniam dedisse, nihil excludere, ex quo constare possit verè mutuam dedisse, nam dùm verum id dicit, nihil excludit, ex quo de intentione sua constare possit; dicit autem id duntaxat, mutuam pecuniam dedisse, ergò si veritatem in hac sua intentione, in hoc, quod dicit, occultaret, dolo faceret; At factum esse pactum de non petendo, solutam esse pecuniam, similem summam reo deberi, quę compensanda sit, & similia, non pertinent ad intentionẽ actoris, imò contra eam sunt, & intentionem impugnant, licèt ab ea sint separata, & diuersa, ergò nihil facere debet actor, quo possit exceptio rei, quę cum actoris intentione nihil habet commune, sed factum omnino diuersum asserit, vera apparere: Quantum pertinet ad secundam rationem; actor desiderat à reo veritatem in sua exceptione, ergo prius illi veritatem præstare debet editis rationibus, ex quibus de veritate appareat. Conceditur. Sed in sua intentione veritatem actorẽ præstare oportere eo argumento concluditur, nec quid vltrà At non ostẽditur illo argumento, actorem debere fundare exceptionem ipsius rei: Imò retorquetur argumentum: Nam actor non

desiderat-

desiderat, nec desiderare potest à reo, vt sibi edat ad fundandam suam intentionem, ergo neque id velle potest reus ab actore ad fundandam suam exceptionē; Imò dum actor negat edere, non potest dici dolo facere, cum illud idem neget, quod prius negauit reus.

Praeterea non posse doli exceptione repelli actorem, qui reo non edit ad fundandam exceptionem, probo: Nam, vel actor suam intentionem probat, vel non: si non probat, res est expedita: reus absolui debet; Nec quid est, quòd de exceptione quaeratur *l. qui accusare C. de edend.* Si probat; Ex eo, & in eo, quod probat, nihil dolo facit, sed necesse est exceptionem objici ab ipso reo, quam etiam oportet ab eodem probari, quia si duntaxat exciperet, nec probaret, sed peteret rationes sibi ab actore exhiberi, iam actor negando exhibere, non faceret dolo, nec posset ab intentione sua, quam ipse impleuit, repelli: nam ipse, dum petitur editio, nihil agit, sed iam egit, & probauit intentionem suam, & quidem nihil dolo faciens. Nunc reus est ipse, qui vicem actoris sustinet, quique ipse intendit, ergo non potest ipse intendere, & eodem tempore, ratione suę intentionis, de dolo excipere; Nec dicatur doli exceptionem opponi ad intentionem actoris: dolo enim facit quicumque petit, qui per exceptionem potest repelli, eique doli exceptio potest opponi *l. 2. §. item quaeritur, & §. generaliter ff. de doli mali, & metus exceptione.* Nam verum est doli exceptione posse repelli, sed verum etiam est cum effectu repelli, si probetur exceptio, & hoc idem, quod facit dolo: nec sufficit exceptionē obijcere, sed oportet probare, vt intelligitur *ex d. l. 2. §. 1.* quia dolus in intentione non apparet, secus esset, si dolus in ipsa intentione esset implicitus, & apparens, tunc enim sola doli exceptione actor repelleretur: Ergò in casu nostro prius est constare exceptionem reo competere, quàm, vt doli exceptio cōpetat reo, quoniam aliud est exceptionem competere, vel non, aliud debere actorem contra se ipsum edere, & dolo facere, dum nō edit, editio enim est quid separatum ab intentione sua, & pertinet ad exceptionē rei, quam iniquum est fundari in instrumentis actoris, sicuti iniquum est actorem fundare intentionem suam in instrumētis rei: Dices satis dolo facit actor, dum intendit, & eodem tempore veritatem occultat: Respondeo non posse dici veritatem occultare, dum aliud non apparet, qui vult iure suo vti, & rationes suas pro libito sibi habere, nec ostendere, maximè quia veritatem eius, quod intendit, non occultat.
17 Et † verò exceptio nihil aliud est, quàm actionis exclusio *l. 2. ff. de except.* Impugnare igitur debet reus actoris intentionem, & docere, dolo quid factum in intentione; Sed nihil factum est dolo in intentione, dum quis probauit, quod verè creditum fuit, ergò doli exceptio obstare non potest, maximè quia ex eo, quòd negatur editio, si absolutè rem consideremus, & simpliciter, dolo non fiat; alioquin actio de dolo daretur actori aduersus reum, qui actori ad suam intentionem fundandam edere recusasset *toto tit. ff. de dolo.* Ergo reus non potest submouere actorem, quantum attinet ad intentionē ipsius; Cęterum, si admissa intentione actoris, ipse excipiat, & petat edi sibi, si nō edatur, multo minus poterit exceptionē opponere ex dictis; neq; enim eodē tēpore petere potest edi, & aduersus negantē, nihilque intendentem doli exceptionem opponere, quae ad excludēdam intentionem alterius objici solet.

Me etiam in hanc sententiam, vt credam regulare non fuisse, posse reum ab actore petere sibi rationes edi ad exceptionem fundandam, mouet modus loquendi, quo vtitur Imperator *in l. non est nouum. Non est nouum* (inquit) *cum à quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, vt fides veritati constare possit.* Obseruari enim passim potest in iure nostro, ità loqui Iuris Consultos, vel Imperatores, quoties de eo iure agitur, quod exēplo quidem non caret, sed quod tamen irregulare est, & rarò contingit. Tunc enim nouū non esse, dicere solēt, vt ostēditur *ex l. non est nouum ff. de acquir. dom. & l. nec nouum ff. de cond. ind.* Et sanè si regulare esset, vt reus peteret ab actore sibi edi ad fundandā exceptionē, quod opus

 fuisset

fuisset Imperatorem Alexandrum conciliare id, quod dixerat *in l. non est nouum* posse reum implorare sibi edi rationes creditoris, vt fides veri appareat, cum eo, quod dixerat Antoninus *in l. 4. & in l. 1. C. eod.* non posse actorem petere, vt sibi reus edat ad suam intentionem fundandam? Quisque videre poterat Antoninum de actore locutum, Alexandrum vero de reo, nec in re adeo aperta opus fuisset, vt Alexander constitutionẽ ederet ad rem illam declarandam, & contrarietatem illam conciliandam.

18 Itaque † non sine ratione tentari posse existimo, reum ad fundandam suam exceptionem regulariter non posse petere ab actore sibi edi, sicuti nec actor ad suam fundandam intentionem editionem à reo desiderare potest, ità, vt inter actorem, & reum nulla in hoc constituenda sit differentia: Posse tamen alterum ab altero desiderare sibi edi, non ad fundandam intentionem, vel exceptionem, sed vt fides veri constare possit, vt dicitur, *in d. l. non est nouum C. de edendo*, idest, vt constare possit veritas intentionis actoris reus potest petere, actorem edere, sicuti actor, vt constet veritas exceptionis potest petere reum edere.

19 Ergo † animaduertendum est *in d. l. non est nouum* non dici eum, à quo petitur pecunia, implorare rationes actoris, vt possit ipse reus exceptionem suam fundare, vel probare: sed dicitur petere posse reum rationes exhiberi, vt fides veri constare possit, nempè vt appareat de veritate intentionis actoris, vel falsitate, non vt fundetur exceptio rei: Exemplum habemus *in l. pen. §. fin. ff. ad l. falcid.* vbi licèt de actore agatur, qui editionem petit, potest tamen poni casus in reo: finge: Hæres soluit integra legata, repetit eo colore, & ea ratione, quòd falcidię locus sit, asserens non nisi hæc, vel illa bona à defuncto relicta, & maximum emersisse ęs alienum, quod omnia bona absumit: Rectè hoc casu petent legatarij rationes exhiberi defuncti, quę apud hęredem actorem sunt, vt fides veri constare possit, idest vt constare possit, an vicissim defuncto deberetur, an plura habuerit bona, iura, vel actiones, & sic, vt fides veri constare possit, vt appareat de veritate intentionis actoris: Aliud exemplum fingi posset in hærede beneficiato; is quatenus vires hęreditatis ferũt, non potest factum defuncti impugnare: pone impugnat, & dicit nihil defunctum in bonis reliquisse: optima ratione vrgebitur à reo, vt non solum inuentarium exhibeat; sed & rationes omnes defũcti, vt constet, an quidvere sit in hęreditate; nam & constat seruos ipsos aduersus hęredem interrogari, vt fides veri appareat *l. fin. §. licentia C. de iure delib.* Poterit fortè, & alius casus effingi in administratore quolibet, qui de suo asserat impendisse, & impensas, in rem eius, quem conuenit, factas repetat; nam is cogetur rationes edere, vt appareat, an ex rebus, bonis, reditibus ipsius rei pecunia peruenerit ad actorem, ex qua impensę factę sint.

Alia similia exempla, & facti species similes poterit quisque excogitare; Vndè non mirum ab Alexandro rescriptum fuisse *in d. l. non est nouum* reum implorare rationes creditoris, vt fides veri constare possit, nouum non esse. Quod tamen animaduertendum est, dici etiam posse de actore, vt probatur *ex d. l. pen. § fin. ff. ad l. falcid.* Sed ideo de reo illud ab Alexandro rescriptum, quod de reo fuisset Imperator interrogatus, idem responsurus de actore, qui a reo peteret edi, vt fides veri constare posset, & vt constaret, an rei intentio vera esset, si & de actore fuisset interrogatus *d. l. pen. §. fin. ff. ad l. falcid.*

20 Planè † longè aliud est, quod respondetur *in l. iustum 6. C. de edendo* ibi enim dicitur posse reum petere rationes exhiberi, vt appareat de solutione, & sic ad probandam suam exceptionem: sed agitur ibi de publicis rationibus, non priuatis.

Et quamuis prima facie videatur iniustum, quòd, cum id non liceat in causis priuatis, eò minus licere oporteat in causis publicis, quarum maior debet esse fauor. Tamen eius decisionis præcipua ratio est: fiscus enim, pecunia publica est *l. 3. C. de quadr. præscript.* ita, & publicæ eius rationes, vt omnibus patere debeãt:

Quòd

Quòd si hæc ratio non placeret, alia addi posset, quòd fisco priuatus edit *l. 2. §. item diui fratres ff. de iure fisci l. 3. ff. de edendo:* Inde iustum esse, visum fuit, vt fiscus vicissim priuato ederet *d. l. iustum*, & hac ratione ibi dicitur *iustum esse:* Namque in iudicijs qui est in quo priuilegiatus, necesse est idem priuilegium patiatur aduersus se exerceri ab aduersario, vt apertissimè respondetur *in l. fin. C. de fruct. & lit. expens. & in l. in sacris scrinijs 12. §. fin. C. de prox. sacr. scrin. lib. 12.* Itaque non mirum, si sępius legamus iure à fisco reū desiderare, vt publicæ rationes edantur, vt possit de solutione apparere, & sic, vt rei exceptio possit probari. Cęterum, vt possit id priuatus à priuato petere ad fundandam, vel intentionem, vel exceptionem suam nullibi legimus.

21 Et † ex his intelligitur *l. fin. C. eod. tit. de edend.* ibi enim non adfertur discrimē inter actorem, & reum, vt iste ad fundandam exceptionem possit editionem petere, secus ille; Sed imo, cum ex accidenti *in l. non est nouum* esset de reo responsum, posse illum implorare rationes creditoris, vt fides veri possit constare, & de actore dictū esset *in l. 4. Cod. eod.* actorem probationes habere debere, nec posse in alienis instrumentis fundare intentionem suam: Videbantur hęc responsa contraria, nam nec differentia facienda videbatur inter actorem, & reum, cum, & reus in sua exceptione actor fit, vt diximus, pro vt neque differentiam vllam inter reum, & actorem constituit Alexander *in d. l. fin.* Itaq; volens ex responsa declarare, & conciliare Alexander Imperator, casus illos, easque decisiones accipiens, pro vt fuerant editæ, ostendit vtramque veram esse, & adfert rationem diuersitatis. Quantum attinet ad decisionem *d. l. 4.* ostendit iniquum esse originem suæ petitionis, actorem in rei instrumentis fundare; non debent enim de domo rei arma sumi, nec quisquam id edere cogendus, quod sibi negocium faciat *l. nimis C. de test.* quę ratio, & reo est cō. munis, qui peteret ad fundandam suam exceptionem ab actore instrumenta edi: rationem autem decisionis *d. l. non est nouum* eam adfert Imperator, quia actor ille, nisi ederet, doli exceptione posset submoueri. Videamus quibus casibus actor doli exceptione posit submoueri, si non edat, & intelligemus, quibus etiā casibus edere cogi posit. Iam supra ostēsum est, non posse reum doli exceptione repellere actorem, si nolit actor edere ad fundandam exceptionem rei: ergo in illo casu non loquitur *l. non est nouum:* de illo nō intelligit Alexander *in d. l. fin.* Quo ergo casu poterit actor doli exceptione submoueri, nisi edat? Nempè, vt supra diximus, si petatur editio, vt fides veri constet quo ad actoris intentionem: ipse enim dolo facit, qui, dum quid verum asseuerat, occultat tamen veritatē, vt dicebat Donellus, cuius rationes quòd attinet ad intentionem actoris, recipi possunt. Addo toties actorem edere debere, quoties de fide veri apparere non potest, nisi ex rationibus, & instrumentis, quæ sunt, & esse debent apud actorē ipsum iuxta exempla supra allata, quòd constare non possit de substantia defuncti, nisi ex ipsius rationibus, & instrumētis: aliena enim facta quisq; iustè ignorat. Dum ergo actor asserit non plus esse in bonis, qui potest bona occultare; dum asserit non plura esse, dolo facit, nisi ea edat, ex quibus patrimonium defuncti potest apparere. Nec quid est quòd reo possit imputari hoc casu, qui ipse probationes non habeat; res enim eiusmodi est: cuius probationes, nec ipse habere potest, nec debet, & in qua dolosè versatur actor, nisi ostendat omnia, quę habet; sumit enim occasionem fraudandi, & facit aduersus id, quod asserit; dicit enim plura non esse, & alia occultat, & mendax inuenitur. Is rectè dicit plura non esse, plura non habere, qui omnia exhibet; Qui dicit plura non habere, dicit se omnia exhibuisse; dolo igitur facit, & aduersus id, quod dicit, si omnia exhibere recuset, vel ea instrumenta, ex quibus illa apparere possunt; itaque non mirum, si doli exceptione repellatur, si non edat. Cęterum id non rei proprium, vt actorem, hac doli exceptione repellere possit; Etiam actor eadem doli exceptione vti potest aduersus reum quoties eadem est ratio, quoniam etiam reus pro

sua

sua exceptione quid simile asserit, vt probatur *ex d. l. pen. §. fin. ff. ad l. falc.*

22 Planè † quod pertinet ad textum *in l. plures C. de fide instrum.* is non pertinet ad rem nostram, nec agitur ibi de petenda editione alienorum instrumentorum, sed ponitur constitutio, in qua declaratur, quibus casibus possit quis antapocham petere, & instare, vt aduersarius fateatur per scripturam sibi tot soluisse, nempè id licere in annuis præstationibus: rationem benè adfert Donellus *in d. l. plures*, cuius l. interpretationem rectè prosequitur, ideò videndus.

23 Tandem † non obstat quod suprà dicebatur *ex l. si quis §. fin. ff. de edendo* Respondeo enim ibi edi argentario reo, non ad fundandam intentionem, & exceptionem suam, sed edi rationes, quibus actor vti intendit ad hoc, vt possit deliberare, an cedere velit, an contendere, vt ex eodem textu, & precedentibus constat euidenter.

Nec ratio illa, quòd actor ad libitum agit quando vult, non est autem in potestate rei quando conuenïatur, sed reus improuiso conuenitur, efficere potest, vt actor edere reo debeat ad fundandam suam intentionem, idest exceptionem suam: Nam quia actor instructus venire debet, denegantur ei dilationes ad perquirenda instrumenta, & probationes. Hæc ratio efficiet, reo, qui improuisò conuenitur, dilationes esse concedendas ad suam exceptionem probandam *l. si quando 2. C. de dilat.* Cęterùm sicuti actor probationes suas alibi perquirere debet, quàm in domo rei, ità reus probationem suæ exceptionis ab actore desiderare non debet. Nec quòd improuisò conueniatur, iusta causa est, vt ei editio concedatur instrumentorum actoris, cum ei incommodo satis subueniatur dilatione reo concessa ad suas defensiones perquirendas.

Ad l. Vnica ff. de remissionibus. Cap. XXXIX.

SVMMARIVM.

Nouum opus nunciare potest quilibet siue iure, siue iniuria. num. 1.

Et abstinendum donec, vel remissa sit nunciatio, vel in ea causa sit, vt remitti debeat. num. 2.

Remissionem fieri causa cognita communiter Doctores existimant. num. 3.

Probant ex l. 1. in princ. ff. de noui operis nunciatione. num. 4.

Reprobatur communis sententia. num. 5.

Nemo sine satisdatione idoneus est defensor. num. 6.

Explicatur l. vnica in princ. & §. 1. ff. de remiss. num. 7.

Declaratur l. 1. in princ. ff. de noui operis nunciat. num. 8.

Conciliatur §. ius habet, cum §. 1. d. l. vnicę. num. 9.

Explicatur d. §. ius habet. num. 10. & seq.

Is, cui seruitus debetur, nunciare non potest nouum opus. num. 11.

Fructuarius non potest nomine proprio nouum opus nunciare. num. 12.

Fructuarius seruitutum, non habet vindicationem. num. 13.

Etiam reficienti potest nouum opus nunciari. num. 14.

Adfertur Fabri sententia, an possit nouum opus nunciare, qui seruitutem habet. num. 15.

Reprobatur. num. 16.

Recipitur, & defenditur interpretatio Cuiacij. num. 17.

Decisio d. l. vnica procedit supposita sententia Iuliani, qua tamen ab Vlpiano refertur, non probatur, imò alibi est expressè ab eodem etiam Vlpiano reprobata. num. 18.

1 Permittebat † Prętor cuique, siuè iure, siuè iniuria nouum opus nunciare *l. 1. ff. de noui operis nunciatione*, & † iubebat nunciatum abstinere, donec remissa esset nunciatio, vel in ea causa esset, vt remitti deberet *l. Prętor ait in princ. ff. de noui operis nunc.*

2

Quæ-

3 Quærunt † Doctores. An hæc remissio nunciationis, ità demum fieret, si constaret prætori, ius nunciandi eum non habuisse, qui nunciauit, an verò statim etiam causa non cognita. Et communiter existimant, remissionem fieri causa cognita, & ità demum, si constet prætori, ius non habuisse nunciandi, qui nouũ
4 opus inhibuit. Mouentur † verò *ex l. 1. in princ. ff. de noui operis nunc.* vbi hactenus dicitur remitti prohibitio, quatenus prohibendi ius, is, qui nunciasset, non
5 haberet. Sed † falsa est meo iudicio communis hæc sententia; Nam si quis absentis nomine desideret remissionem, satisdare debet ex noui operis nunciatione, idest de opere demoliendo, si succubuerit *l. 5. §. qui remissionem ff. de nou. oper. nunc.* Argumentum euidens est in remissione concedenda; Prætorem de causa non cognoscere, alioquin inutilis esset satisdatio: vel enim remitteret prætor nunciationem, & exinde licitum esset ædificare; vel ius prohibendi appareret nunciantem habuisse, & prætor omnino opus inhiberet, ergò satisdatio illa inutilis esset; est tamen necessaria, vt ibi dicitur, nempè quia prætor de iure, vel non iure nunciantis non cognoscit, sed statim petitam remissionem concedit. Sed
6 † quia, qui petebat remissionem, nomine alieno petebat, & alienus erat defensor, ideo cogebatur satisdare, quia nemo sine satisdatione idoneus defensor est *l. qui proprio §. qui alium ff. de procur.* Confirmatur *ex l. non solum §. sciendum. ff. de non. operis nunc.* vbi dicitur eum, cui nouum opus est nunciatum, abstinere debere, donec caueat, vel donec remissio nunciationis fiat: tunc enim si ius ædificandi habeat, rectè ædificabit. Si Prætor non remitteret nunciationem, nisi causa cognita, remissio esset definitiua, & à die remissionis ius ædificandi habere nunciatum appareret, & posset rectè ædificare; At in d. textu non dicitur absolutè post remissionem, posse nunciatum ædificare, sed ità demum rectè posse, si ius ædificandi habeat; ergò remissio non conceditur ex iure, vel non iure nunciati, vel nunciantis; Confirmatur adhuc, quia ibidem subditur iubere prætorem debere, modulos operis iam facti sumi, vt possit apparere quid postea ædificatum fuerit; Ad quid sumendi moduli, si ex remissione declaratum est licere nunciato ædificare? Nempe necessarium, quia remissio sinè causæ cognitione conceditur, & si posteà appareat nunciantem ius prohibendi habuisse, id omne, quod post nunciationem ædificatum est, debet ex edicto destrui. Hoc idem intelligimus *ex l. 5. §. qui procuratorio ff. eod. tit. de non. oper. nunc.* Vbi si quis procuratorio nomine nouum opus nunciauerit, debet, cum ventum est ad prætorem, cauere de rato, quòd si non caueat, dicitur ibi *omnimodo* nunciationem remitti, non remittitur vt regulare est, sed *omnimodo* videlicet, quia non attenditur nunciatio facta ab eo, qui ius nunciandi non habet, & inualidè nunciat, nisi caueat, si itaque ibi omnimodo remittitur, intelligimus regulariter non remitti omnimodo, sed interim. Posset etiam in hanc rem adferri textus *in l. sciendum ff. eod. tit.* iuxta interpretationem Cuiacij *ad lib. 25. quæst. Paul.* sed & euidenter hoc idem intelligitur *ex ead. l. vnica §. 1. ff. de remissionibus*, vbi dicitur, si fuerit satisdatum, inde facta remissio, remissionem necessariam non esse, si remissio fieret causa cognita, concederet absolutè nunciato posse ædificare, ergò eo casu, quo nunciatus satisdedisset, non esset superflua, vt innuere videtur Vlpianus, nam adhuc post satisdationem dispiciendum est, an iure facta fuerit nunciatio, vel non, vt possit apparere, an attendi debeat nunciatio, vel non; neque enim satisdatio ad aliud fit, quàm, vt si appareat nunciatum ius ædificandi non habuisse, cogatur ex sua promissione demoliri, quod suprà ædificauerit *l. stipulatio §. 1. ff. de nou. oper. nunc.*
7 Ex † his intelligimus, quod dicitur *in l. vnica in princ. & in §. 1. ff. de remiss.* in principio proponitur edictum prætoris; Prætor enim, qui pollicitus fuerat, nunciatione facta, nunciato remissionem cõcedere, declarat *in princ. l. vnicæ* quid sua remissio operetur. Ait itaque. *Quod ius sit illi prohibere, ne se inuito fiat, in eo nunciatio teneat, cæterum nunciationem missam facio.* Sensus est, remissione concessa,

adhuc

adhuc tamen nunciationem tenere, si is, qui nunciauit, ius prohibendi habuerit. Remissio igitur veluti sub conditione intelligitur concedi, vt si ius prohibendi non habuerit, qui nunciauit, vtilis sit remissio, si verò ius habuerit, sit inutilis: Eam tamen remissio habet vtilitatem interim, vt post remissionem liceat ædificare, sed tamen, vt ex euentu ordinarij iudicij apparere debeat, vtrum benè, an malè fuerit ædificatum. Quod benè declarat Vlpianus *in d. §. 1.* dicit enim remissionem ita demum factam, si nunciatio non teneat; ex quibus verbis intelligimus remissionem ita demum operari, si ius nunciandi, is, qui nunciauit, non habuit: alioqui si id vellet Vlpianus significare prætorem nunciationem non remittere, nisi si nunciator ius prohibendi non habeat, diceret remissionem non fieri; quod eu identius probatur ex sequētibus verbis, subijcit enim, siuè satisdatio interuenerit, siuè non, remissionem factam hoc tantum remittere, in quo non tenuit nunciatio, non esse tamen necessariam remissionem, vbi satisdatum est, ex quibus constat agere Vlpianum de ea remissione, quæ causa cognita non fit, hæc enim est, vt suprà dicebam, quæ non est necessaria quando est satisdatum, quæ eadem hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio.

8 Et † ex dictis etiam iam constat, quomodo intelligenda sit *l. 1. in princ. ff. de nou. oper. nunc.* vbi dicitur remitti prohibitionem hactenus, quatenùs prohibendi ius, is, qui nunciasset, non haberet: cum enim ita remissionem cōcedat prætor, vt ea operetur eo casu, quo ius prohibendi non habuit, qui nunciauit: verissimum est, quòd dicitur *in d. l. 1.* non tamen indè sequitur, remissionem concedi causa cognita, & ità demum, si appareat ius prohibendi, nunciantem non habuisse: nam imo remissio statim conceditur, sed ita vt futura sit vtilis, si nunciatio non teneat, quod apparebit postea ex iudicio ordinario: Si verò appareat nunciantem iure nunciasse, inutilis ex mente ipsius prætoris constituitur remissio.

9 Sed † videtur ipse sibi contrarius Vlpianus, nam *in §. ius habet eiusdem l. vnica* ex Iuliani sententia, dum supponit fructuarium, ius seruitutum vindicandarum habere, & sic posse vicino nouum opus nunciare, secus verò domino ipsi, infert primo casu vtilem esse remissionem, secūdo verò casu inutilem, quod est omnino contrarium his, quæ dixerat *in §. 1. eius l.* Nam remissionem dixerat hoc tantum remittere, in quo nō tenuit nunciatio, & è conuerso nihil operari, & inutilem remissionē esse, si nunciatio teneat. Iacobus Cuiacius *lib. 1. obser. cap. 16.* docet transposita esse ea verba, & vbi *in d. §. ius hab. t* dicitur *vtilis remissio* reponendum *inutilis*, & è conuerso.

Quę responsio si non placeret quòd fides omnium librorum repugnet, dicendum esset Vlpianum alio sensu *in d. §. ius habet* dixisse vtilem, vel inutilem remissionem; *in §. 1.* considerauit Vlpianus vltimum effectum remissionis, postquàm in iudicio ordinario apparuit de iure, vel non iure nunciantis, tunc enim, si nunciatio tenuit, inutilis est remissio, si verò ius nunciandi, ille, qui nunciauit, non habuit, remissio vtilis est. At *in § ius habet* primum effectum remissionis inspicit Vlpianus, qui ille est, vt remissio operetur, nunciatum posse, non obstante nunciatione, ędificare hoc respectu, si fructuarius nunciet nouū opus vicino, quia ex sententia Iuliani supponitur, eum posse nunciare, vtilis erit remissio, quę operabitur, non obstante nunciatione, vicinum opus suum facere posse; At verò, si fructuarius nunciet domino, cui certum est nunciare non posse, quia sperni potest nunciatio *argumento l. de pupillo in princ. §. si riuos, & seq. l. 1. § nunciamus vers. quod si quis in mari ff. de noui operis nunciat.* inutilis remissio, & superflua est.

10 Difficilior † videtur interpretatio *d. §. ius hab. t.* Docet enim Vlpianus, eum ius habere nunciandi, qui dominium habet, vel seruitutem: Quod falsum videri potest: Nam † qui habet seruitutem, nouū opus nunciare non potest, pro vt probatur *ex l. si eo loco ff si seruit. vindic.* si enim tu ædifices eo in loco, in quo iter mihi debetur, dicitur ibi posse me intendere, 11

mihi

mihi ius esse eundi: quod si probauero, inhibebo opus tuum, ergo non statim possum nunciare, sed oportet agere me confessoria: Clarius id probatur *ex l. qui viam ff. de non. oper. nunc.* vbi dicitur non posse nouum opus nunciari ei, qui in via ædificat, quę mihi debetur, sed oportet me seruitutem vindicare. Addit Vlpianus, fructuarium posse nouum opus nunciare vicino, domino tamen non posse; quòd similiter falsum videri potest in ea parte, qua dicitur fructuarium vicino
12 nouũ opus posse nunciare. Nã † fructuarius nunquã potest proprio nomine nun-
13 ciare *l. 1. §. fin. ff. de nou. oper. nunc.* vt † potè qui seruitutũ vindicandarũ ius non habet *l. 1. l. vti frui §. vtrũ ff. si vsusfruct. pet.*

Conantur Doctores difficultates tollere: & quantum attinet ad primam, aliqui dixerunt non posse nouum opus nunciari his, qui ędificant aduersus seruitutem reficiendo, secus si tunc primùm ædificarent, & facerent, non reficerent; Verùm hæc conciliatio ex se ipsa corruit: neque enim in locis, vbi dicitur, non posse nouũ opus nunciari, agitur, de reficiẽte, sed loquuntur textus de ædificante, & facientе; & fructuarius de nouo ædificant, non potest nunciare *d. l. 1. § fin. ff. de noui ope-*
14 *ris nunc.* Præterea † falsum est, reficienti non posse nouum opus nunciari, vt cõstat *ex l 5. §. si quis riuos ff. de nou. oper. nunc. l 3. § si quis riuum ff. de riuis, l. 1. §. si quis purganti ff. de Cloacis* quamuis enim in illis casibus nunciatio non attendatur, tamen, cum ibi id speciale sit, colligimus, ius commune esse in contrarium.

Alij putarunt distinguendum inter seruitutes vrbanas, & rusticas, vt pro seruitutibus vrbanis possit nouum opus nunciari, secus pro rusticis. Verũ nulla alia ratio est, cur in hanc sententiam eant Interpretes, nisi quòd vident de seruitute rustica loqui I. Conf. *in d. l qui viam ff. de nou. oper. nunc.* Certè vsusfructus, nec seruitus rustica est, nec vrbana: nec vlla probabilis differentia potest adferri inter seruitutes rusticas, & vrbanas.

Tertiam conciliationẽ adfert Iacobus Cuiacius *lib. 1. obser. cap. 17.* nẽpe ad hoc, vt possit quis nouum opus nunciare, necesse esse, vt idem possit asserere, ius ædificandi non esse aduersario, se inuito *d. l. vnica hac n.* Id non quilibet potest asserere, sed is, cui seruitus est constituta altius non tollendi, non ædificandi; ergo is nouum opus rectè nunciat; Is, cui seruitus vię, vel itineris est constituta, potest dicere sibi ius esse eundi, sed non potest dicere, aduersario ius nõ esse ædificandi, quia hanc seruitutem non ædificandi aduersarius non constituit. Hanc tamen interpretationẽ vti mancã reprobat Antonius Faber *ex hac l. vnica lib. 19. coniect. cap. 5.*

Idem ergo Cuiacius *in l. & si fortè §. vlt. ff. si seruit. vind.* inquit, eum, qui seruitutem habet, posse nunciare nouum opus vicino, non autem domino. Quæ responsio, vel eadem est cum superiori, vel incidit in Fabri sententiam.

15 Itaque † Antonius Faber *d. lib. 19. coniect. cap. 5.* sic distinguit, aut nouum opus nunciatur domino fundi seruientis, aut vicino alij cuilibet in eo fundo ædificanti, siue sciente, siue ignorante domino fundi. Primo casu subdistinguendum est, an nouum opus fiat directè contra constitutam seruitutem, an per indirectum duntaxat. Si directò putà, si is, cuius ædes, seruitutes debent altius non tollendi, velit illas altius tollere, potest prohiberi per noui operis nunciationem: si verò indirectè, vt contingit in eo, qui viam debet, & in ea ædificat, non potest nouum opus nunciari, *vt in d. l. qui viam ff. de nou. oper. nunc.* Quando verò alius, quàm dominus fundi seruientis ædificat in detrimentum seruitutis, etiam si nihil directò faciat contra seruitutem, nunciari tamen ei potest nouum opus, quia verum est, nullum eum habere ius ædificandi: quam distinctionem contendit Faber probari *ex d. l. vnica §. pen.*

16 Sed eo † omisso, falsum videri posse, quod asserit Faber rectè nouum opus nunciari ei, qui in alieno fundo, sciente, & volente domino, ædificat, cum hoc casu, & ius faciendi habeat, qui ex voluntate domini faciat, vel dominus ipse facere videri possit, cum alius ex eius voluntate faciat *argum. §. contra inst. quib. alien' licet vel non, & aliorum multorũ, quę in hanc rem possent adferri.* Dico falsissimum esse, quod Faber asserit, posse non domino in

alieno ædificanti nunciari nouum opus, quamuis directò contrà seruitutem nobis constitutam non faciat. Nam video *in l. qui viam ff. de nou. oper. nunc.* indistinctè dici non posse nouum opus nunciari ei, qui in loco illo ædificat, in quo via nobis debetur, ergo siue dominus fundi sit, qui ædificat, siue non. Secundò eum non esse intellectum *l. vnica ff. de remiss.* quem comminiscitur Faber, probatur, quia dum dicitur, fructuarium posse nouum opus nunciare vicino, quia seruitutum supponitur habere vindicationem, intelligit Iulianus posse nunciari domino fundi vicini, prout accipitur passim vicinus in materia seruitutum vt *in l. fin. §. fin. ff. de seruit. l. 1. l. 3. l. hæc autem 5. l. p. rietem, l. seq. & passim ff. de seruit. vrb. prædior. & tit. seq.* Alioqui si intelligeret de extraneo, qui in fundo seruiente ædificaret, cur requireret vicinũ esse? ergo vult Iulianus, fructuariũ posse nunciare vicino in suo fundo ædificanti, si fortè fructuario fundo debeatur seruitus altius non tollendi, sed non domino in fundo fructuario ędificanti, quia licèt fructuarius habeat seruitutẽ vsusfructus, nõ tamen ex eo dicere potest, ius domino non esse, se inuito altius tollendi, quia ea seruitus altius non tollendi fructuario non est constituta, vt dicemus. Tertiò quamuis extraneus ędificet in fundo seruiente, in quo mihi via debetur, non tamen dicere possum, illum ædificare non posse, me inuito: dicere fortè potero illũ ædificare non posse, quia fundi dominus non est, sed non me inuito: quia illud ius à nullo est mihi constitutum, vt me inuito non possit quis ibi ædificare; alioqui possem, & dominũ prohibere: At vt possim aliquẽ prohibere, oportet ius me habere, nec sat est illum, ius non habere, ius enim metimur ex persona actoris, nõ ex non iure rei *l. 1. §. fin. l. seq. ff. vti possid.* Quartò probatur *ex l. 5. §. & belle sextus pedius ff. de nou. oper. nunc.* Vbi tantũ abest, vt nouum opus nunciari possit extraneo non domino, quin potius soli domino nũciari possit: Causam enim habemus nunciandi postquàm quis nostrum ius auxit, suum minuit, veluti, si ædibus suis seruitutem imposuerit, & contrà seruitutem fecerit. Certè extraneus nullam seruitutem mihi debet, & multo minus illã, quæ mihi à domino constituta non est. Planè licèt eo casu, quo seruitus mihi debetur à domino non ædificandi, possim fortè, etiam extraneo ibi ędificanti, nouũ opus nunciare, tamen id ita fiet, quia magis à fundo, quàm a domino seruitus debetur. Cæterũ, vt quo casu seruitus nõ ędificandi, mihi non debetur, possim extraneo opus nouum nunciare, nulla ratio conuincit. Vel enim fundum consideramus, & à fundo ea seruitus non debetur: vel personam, & extraneus nullam seruitutem mihi constituit, itàque erga illum, nullum ius habeo. Tandem addi potest (quod paulò ante indicabam) licèt ea ratio afferri possit differentiæ inter dominum, & non dominum fundi seruientis, quòd dominus, qui mihi cõstituit seruitutẽ viæ, possit iure dominij ędificare, quia seruitutẽ non ędificandi mihi nõ constituit, is verò, qui dominus non est, ius ædificandi non habeat: tamen cum seruitus altius non tollendi, mihi non debeatur in eo fundo, non sat est, vt possim obtinere, me asserere illi, qui dominus non est, ius non esse ędificandi, sed oportet probare me illud ius habere, vt ille ędificare non possit: actiones enim non ęstimantur ex iure, vel non iure rei, sed ex iure actoris *l. fin. C. de rei vindic. cum similib. quæ ibi citantur:* At si seruitus illa altius non tollendi mihi non debeatur, ego ius nullũ habeo aduersus non dominum ædificantem, licèt, & ille nullo iure ędificet, ergò illum prohibere non possũ.

17 Vera † itaque conciliatio est (quicquid dicat Faber) quam adfert Cuiacius *lib. 1. obseru. cap. 17.* iis casibus posse nouũ opus nunciare eum, cui debetur seruitus, quibus contra seruitutem constitutam fit, vt contingit in eo, cui seruitus ne altius tollatur, prospectus, vel ne luminibus officiatur, constituta est: si enim dominus altius tollendo, faciat directò contra seruitutẽ, quã imposuit, officiat prospectui, vel luminibus, poterit is, cui seruitus est constituta, nouum opus nunciare *l. inter 15. ff. de seru. vrb. prædior.* Ratio est, quia hoc casu potest asserere, qui nunciat ius sibi esse, se inuito altius tolli non posse, Simi-

Similiter poteſt nouum opus nunciare quis *in l. & ſi fortè §. fin. ff. ſi ſeruitus vindicetur*; quia cum modus ædificandi parietis ſit conſtitutus, alio modo non poteſt ędificari, ideò ſi aliter ędificetur, fiet directò contrà ſeruitutem: non mirum ſi nouum opus nunciari poſſit. At ſi ſeruitus viæ ſit conſtituta, & dominus fundi ædificet, etiam ſi via ex eo opere impediatur, non tamen dicere poteſt is, cui ſeruitus vię debetur, non licere domino, ſe inuito ædificare, quia alia, & alia ſeruitus eſt nō ædificandi, & ſeruitus viæ, ideo nouum opus nunciare non poteſt *l. qui viam ff. de noui operis nunciatione*. Idem dicendum in eo, cui ſeruitus ſtillicidij recipiendi erat conſtituta, qui domino ædificanti non poteſt nouum opus nunciare, quoniam ſeruitutem altius non tollendi nunquàm ipſe conſtituit *l. ſi eo loco, ff. ſi ſeruitus vindicetur*: ſed quibus caſibus impeditur ſeruitus debita, poteſt quis illam vindicare *l. vnica ff. de remiſſionibus*. Probatur hæc ſententia *ex hac eadem l. vnica*, cum qua maximè conuenit, vbi ſupponens Iulianus fructuario vindicationem ſeruitutum competere, inquit, vicino poſſe ipſum, opus nouum nunciare (ſupponendum eſt his caſibus, quibus alioqui nunciare poteſt, puta ſi debeat ſeruitutem vicinus altius non tollẽdi, & altius tollat.) At non poſſe nunciare domino, ideſt eius fundi domino, in quo ſibi eſt conſtitutus vſuſfructus, ſi fortè ipſe dominus altius tollat, rationem reddit Iuris Conſ. quia non ſicut vicino, ita domino dicere poteſt, eum ius ædificandi non habere, ſe inuito. Senſus eſt: Vicino poteſt nouum opus fructuarius nunciare, quia cum habeat vindicationem vtilem (ex ſententia Iuliani) ſeruitutis altius non tollendi, poteſt dicere vicinum, ſe inuito, non habere ius altius tollendi; At domino non poteſt nunciare (ſupple, ſi in fundo, in quo conſtitutus eſt vſusfructus, ædificet), ratio eſt, quia non poteſt dicere ipſum, ius non habere ædificandi in eo fundo, ſe inuito, nempe quia ſeruitutem non ędificandi non conſtituit; ſed dices, cur non poteſt fructuarius dicere, non licere domino, ſe inuito ędificare, cum dominus, qui vſumfructum debet, non poſſit fructuario nocere nec quidem ædificando *l. vſusfructu 7. §. 1. ff. de vſufructu*. Reſpondeo rationem eſſe, quia non poteſt quidem dominus hæc facere, ſed non ratione ſeruitutis, nec fructuarius ratione vſusfructus ſibi debiti poteſt id dicere, nam aliud eſt ſeruitutem vſusfructus deberi, aliud ſeruitutem altius non tollendi, quæ ſinè dubio fructuario deberi non poteſt, qui fundum non habet; hæc enim ſeruitus realis eſt, vſusfructus perſonalis. Vt non poſſit dominus altius tollere, conſequitur fructuarius occaſione vſusfructus, non quod ius habeat, ſe inuito, altius dominum tollere non poſſe; Ergo idem erit in cęteris, quibus aliqua ſeruitus debetur (vt inquit Iulianus) nempè quibus ſimilis ſeruitus debetur, quę impeditur aliquo modo per ędificium, nam iſti nouum opus nunciare non poterunt, cum ad hoc, vt nouum opus nunciari poſſit, neceſſe ſit, vt directò fiat contrà ſeruitutem conſtitutam. Tandem ex Iuliano addit Vlpianus non eſſe iniquum ei, qui pignori rem accepit, detentionem ſeruitutis dari, vt ſcilicet ſicuti poſſeſſionem rei accipit creditor, ità, & ſeruitutus, ex qua quaſi poſſeſſione vtilem conſequatur vindicationem, nam creditori vtilis vindicatio ſeruitutum datur; indè Cuiacius *d. cap. 17.* legendum putat *petitionem*. Quicquid ſit, ex eo, quòd vindicationem creditor ſeruitutum rei ſibi pignori datæ, debitarum habet *l. ei qui pignori 16. ff. de ſeruitut.* inferri poteſt ad propoſitum, poſſe illum nouum opus nunciare, vt reſpondetur *in l. creditori 9. ff. de nou. oper. nunc.* Supplendum tamen, dummodo directò contrà ſeruitutem debitam ædificetur, quia ſcilicet ſeruitus altius non tollendi debita ſit.

18 Et ex his intelligitur textus *in l. vnica ff. de remiſſionib.* Sed † tamen animaduertendum eſt, procedere illum, ſuppoſita ſententia Iuliani, qui exiſtimauit fructuario competere vindicationẽ ſeruitutum, quo ſuppoſito benè ratiocinatur, & infert ad noui operis nunciationẽ. Cęterùm Marcellus in notis ad ipſum Iulianum magis probauit Labeonis, & Neruæ

Neruæ sententiam, qui existimarunt, fructuario ius seruitutum vindicandarũ non esse, sed vindicare eum debere vsũfructum, vt traditur *in l.1. ff. si vsusfructus pet.* quam sententiam probat etiam Vlpianus *in d.l.1. & in l.1. §. fin ff. de non. oper. nunc.* Itaque intelligimus eumdem Vlpianum *in l. vnica ff. de remiss.* retulisse duntaxat, non probasse Iuliani sententiam, cum *in d. l. 1. ff. si vsusfr. pet. & in l. 1. §. fin. ff. de non. oper. nunc.* contrariam sententiam receperit. Vlpianus igitur supposita Iuliani sententia, probat illationem, quam faciebat Iulianus; sententiam verò ipsam vti falsam in alijs locis reprobauit. Non pugnat ergo *l. vnica* cum alijs locis.

Explicatur l. si is, qui pro emptore 15. in princ. ff. de Vsucap. Cap. XXXX.

SVMMARIVM.

Diuiditur textus. num.1.
Explicatur prima pars textus. n.2.
Vsucapio non procedit, si interrumpatur. num.3.
Non potest possidere, qui possidetur. num.4.
Captiuus seruus hostium est. num.5.
Qui reuertitur ab hostibus, semper in ciuitate retrò fuisse fingitur. num.6.
Fictio post liminy, non habet locum in his, qua sunt facti. num.7.
Lex Cornelia fingit eum, qui ab hostibus captus est, ea hora decessisse, qua captus est. num.8.
Hæreditas non potest possidere. num.9.
Receptum tamen est, vt hæreditate iacente procedat cępta vsucapio. num.10.
Explicatur secunda pars legis. num.11.
Vsucapio extra causam peculiarem, captiuitate interrumpitur. num.12.
Dominus per seruum vsucapere non potest, nisi ex causa peculiari. num.13.
Conciliantur l. iusto §. nondum, & l. fin. ff. de vsucap. num.14.
Vsucapio iuris est. num.15.
Dominus intelligitur peculiaria possidere sine aliquo suo facto. num.16.
Hæreditas est persona ficta. num.17.
Receptum fuit etiam iacente hæreditate incipere posse vsucapionem. num.18.
Emendandus est textus in vltimis verbis ex communi sententia. num.19.

Difficilis hic textus à Doctoribus nostris reputatur, & meritò, cum in huius explicatione non sibi satisfaciant.

Mihi satis certa videtur illius sententia, quam breuiter hìc subijciam.

1 Diuiditur † textus iste in duas partes. In prima quæritur, an si quis possedisset rem aliquam, eamque vsucapere cæpisset, deinde ante completam vsucapionem captus esset ab hostibus, an (inquam) vsucapio hæredibus procederet, & ibi etiam, licèt subobscurè deciditur. In secunda quęritur, an si dum apud hostes dominus est, seruus aliquid acquisiuerit ex causa peculiari, procedat vsucapio, siue dominus reuertatur, siue non, poniturque dissentio inter Iulianum, & Marcellum. Secunda pars incipit ibi *quod si seruus*.

2 Quantum † attinet ad primam partem, dubitatur in principio *l. nostrę*, si is, qui pro emptore possidebat, & vsucapiebat ante perfectam vsucapionem, ab hostibus captus fuerit, vnde non fuerit reuersus, an hæredi eius procedat vsucapio; Et videbatur dicendum non procedere;

3 Quia † vsucapio procedere dici non potest, si interrumpatur *l. 2. 3. l. naturaliter ff. de vsucap.* At hoc casu interrumpitur, ergo non potest dici procedere. Interrumpi hoc casu vsucapionem probatur, quia is, qui captus est, cum possideret, desijt possidere: neque † enim potuit

4 possidere is, qui ab hostibus cæpit possideri *l. cum hæredes §. 1. ff. de acqu. poss.* &

5 † seruus hostium vixit per aliquod tempus *l. 3. §. fin. ff. de verb. sign. l. liber. 17. C. de Postl. reuers. l. hostes, l. latrones, l. pen. ff. eod. tit.* Qua ratione si ipse reuertatur, ei non procedit vsucapio. Si ergo ei reuerso, vsucapio non procedit, quomodo si non fuerit reuersus, poterit procedere hęredi ipsius?

Hęc fuit ratio dubitandi, ex qua videbatur respondendum capto ab hostibus eo, qui vsucapiebat, vsucapionem interrumpi;

rumpi: Inde eo non reuerso, hęredi ipsius procedere non posse.

Contrarium tamen decidit Paulus, sed satis obscurè, ita vt potius decisio ex his, quę dicit, colligatur, quàm ab illo tradatur.

Nempe Paulus adfert rationem differentię inter eum casum, quando captiuus reuertitur, & illum, de quo quęrebatur, videlicet quando ab hostibus non reuertitur: Cum autem ea ratio, quæ efficit interruptam intelligi vsucapionem si captiuus fuerit reuersus, nō vigeat eo in casu, quando apud hostes decessit; intelligimus non idem hoc casu respondendū quòd in reuerso ab hostibus: Rationem autem hanc adfert Paulus, cur in reuerso non procedat vsucapio, quia scilicet is, qui captus est ab hostibus, & indè reuersus, in vita sua desijt possidere, quia, ex quo ab hostibus captus fuit, amisit pos-
6 sessionem; Vndè † etiam si reuertatur, & postliminij fictione censeatur semper in Ciuitate fuisse *l. retro ff. de capt. & postl.*
7 *reuers.* hæc † tamen fictio non potest locum habere in his, quę sunt facti, & in ipsa possessione *l. in bello § facti ff. de capt. & postl. reuers.* Ergo non mirum, si ei vsucapio non procedat. At (supplendum est) hęc ratio non procedit in eo, qui ab hostibus captus apud eos decessit; Nam licèt si veritatem inspiciamus, etiam eo viuo interrupta sit vsucapio, quę erat ra-
8 tio dubitandi, tamen † si respiciamus ad fictionem l. Cornelię, ex qua constitutum est, vt si captiuus non reuertatur, videatur eo momento mortuus, quo captus est *l. in omnibus ff. de capt. & postl. reuers.* dicendum est vsucapionem hæredibus eius procedere; nam si hęreditas esse retrò fingitur ab ea hora, qua captus est ille, qui vsucapiebat, quod statim mortuus fingatur, non poterit dici interruptam esse vsucapionem eo viuo: sed imò dicendum erit vsucapionem procedere.
9 Quamuis † enim hęreditas ipsa possidere non possit *l. 1. §. Scęuola ff. si quis test. lib.*
10 *esse iuss. fuer.* tamen † iure singulari constitutum est, vt cępta à defuncto vsucapio procedat etiam hęreditate iacente, & etiam adita ea ante apprehensam ab hęrede possessionem *l. cęptam, l. possessio, l. iusto §. nondum, l. nunquàm §. vacuum ff. de vsuc.* Ergo concludendum est, cum ille, qui captus est, si non reuertatur, censeatur ea hora mortuus, qua captus est, non interrumpi per captiuitatem vsucapionem, quia etiam naturaliter mortuo eo, qui possidebat, & vsucapiebat, vsucapio non interrumpitur, sed durat, & completur etiam iacente hęreditate. Difficilior est explicatio secundę partis.

11 In † secunda igitur parte is casus disputatur. Si dum captiuus apud hostes est, seruus eius aliquid emerit, an siue dominus reuertatur, siue apud hostes decedat, dici possit vsucapionem procedere. Hūc verò casum disputari, quo seruus emit, dum dominus apud hostes est, non verò illum, quo seruus antea emerit, quàm dominus caperetur, probatur euidenter ex nota ipsa, & reprehensione Marcelli; Cum enim Marcellus notet Iulianum, qui existimabat, reuerso domino; vsucapionem procedere, eo vtitur argumēto, quòd absurdum sit postliminio reuersum, plus iuris habere in his, quę serui egerunt, quàm in his, quę per se, vel per seruum possidebat, cum ad hostes peruenit. Ergo eum casum tractabat Iulianus, quando seruus post domini captiuitatem quęsiuerat; Nam alioqui, si antea quęsiuisset, & de eo casu Iulianus egisset, quo seruus antea acquisiuisset, non benè contra hunc casum argumētaretur Marcellus, adferendo casum, quo dominus possideret antè quàm captus esset; Vult enim Marcellus argumentari à maiori ad minus, ità; si non procederet vsucapio in his, quę dominus per se, vel per seruum possidebat, antequàm caperetur, quamuis idem posteà reuerteretur, quanto minus procedet in his, quę serui, eo capto, egerunt, quę nunquàm dominus possedit. Quod argumentum procedere non posset; si serui ante captiuitatem quęsijssent, nam ea dominus possedisset.

Igitur in secunda parte, hęc quęstio proponitur. Si dum in captiuitate dominus reperitur, seruus aliquid emerit, an procedat vsucapio, siue dominus reuertatur, siue apud hostes decedat.

Sed

Sed antequàm ad decisionem veniamus, & dissensionem Iuliani, & Marcelli: Supponendum est, casum illum proponi, in quo seruus ex causa peculij

32 emerit, & quæsiuerit. Nam certum est extrà causam peculiarem, & iam vsucapionem cęptam interrumpi, multò minus incipere posse *l. ait prætor §. his autem, l. denique ff. ex quib. causis maiores, l. iusto §. fin. ff. de vsucap.* Et hoc idem, quod poni volumus, colligitur ex casu ipso: ponitur enim simpliciter seruum emisse, ergò ex proprio peculio; ita enim intelligere solent Iuris Cons. vt probatur *ex l. iusto §. nondum, iuncta l. fin. §. 1. ff. de vsucap.* & in casu nostro ex causa peculiari seruum quæsiuisse omnino intelligendum est, cùm id exprimatur *in l. in bello § facti ff. de capt. & postl. reuers.* Vbi hic idem casus proponitur ex eodem Iuliano: & si opus esset, supplendum id esset: Nam & apud Iuris Cons. indubitatum

33 erat extra causam peculiarem non posse aliquid dominum per seruos vsucapere, quamuis in Ciuitate esset *l. 2. §. Celsus ff. pro empt.* multo minus captiuum.

Ergo seruus ex causa peculij emit aliquid domino existente apud hostes: Dubitatum fuit, an vsucapio procederet, siue dominus reuerteretur, siue decederet apud hostes, & Paulus Iuris Cons. *nost. ę l gis* Author refert, Iulianũ existimasse in pendenti esse vsucapionem: Nã si dominus fuerit reuersus iuxta Iuliani sententiam, intelligitur vsucaptum, si ibi decesserit, dicebat Iulianus dubitari posse, an per l. Corneliam ad successores eius pertineret, idest, an vsucapio procederet, quasi iacente hæreditate.

Sed videtur mendacij notari posse Paulum: Nam imo Iulianus existimauit hæredi vsucapionem impleri, vt testatur Triphoninus Iuris Cons. *in l. in bello §. facti ff. de capt. & postl. reuers.* ergo non dubitabat Iulianus.

Cęterum vtrumque verum esse potest, dixisse sc. licet alicubi Iulianum ex aliorum sententia dubitari, an per l. Corneliam procedat etiam successoribus vsucapio, & tamen Iulianum alijs in locis sensisse, non obstante aliorum dubitatione, vsucapionem successoribus procedere:

34 Verè enim ea de re dubitabatur, vt constat *ex l. iusto § nondum, iuncta l. fin. §. 1. ff. de vsucap.* Ratio autem dubitandi fuerat, quia iure quidem speciali constitutum fuerat, vt cępta vsucapio à defuncto, etiam eo mortuo continuaretur, & impleretur *l. cęptam ff. de vsucap.* At non indè dici poterat, posse etiam iacente hęreditate, eam inchoari: quæ enim contrà rationem communem sunt inducta, non sunt trahenda ad consequentias *l. quod verò ff. de legibus, l. quod contra ff. de reg. Iuris*. Sed tamen, ea ratione non obstante, paulatim contraria inualuit sententia, & vtilitate suadente inductum, & receptum fuit, vsucapionem posse etiam iacente hæreditate inchoari, vt ipse idem Papinianus testatur *in d. l. iusto §. nondum ff. de vsucap. & Paulus in l. pen. ff. de capt. & postl. reuers.*

Vt verò ad rem nostram redeamus. Marcellus reprehendit Iulianum, imò dicens plenius esse accipiendam fictionem l. Cornelię. Motus verò fuit Marcellus hac ratione: Absurdum est (inquit) plus Iuris habere eum, qui ab hostibus reuersus est in his, quæ medio tempore egerunt serui, dum ipse apud hostes erat, quàm in his, quæ ipse antequàm caperetur per se, vel per seruos possidebat: Sed sic est, quòd in illis, quę per se possidebat, vsucapio interrumpitur, vt notissimum est, & in principio *huius legis* in prima parte Paulus firmauit, pro vt etiam interrumpitur in his, quæ per seruum (extrà scilicet causam peculiarem) possidebat *l. neq; seruus ff. de vsucap.* ergo multò magis dicendum est, vsucapionem non procedere in his, quæ seruum edio tempore compararunt. Absurdum verò id esse probatur, quia dum dominus apud hostes est, nulla est persona, quæ vsucapere intelligi possit ea, quę serui ex peculio quęsiuerunt: Nam captiuus interim seruus est hostium *l. 3. §. fin. ff. de verb. sign.* & difficilius est, vsucapi ea, quæ nunquàm fuerunt possessa, quàm illa, quæ semel possedimus *l. cęptã ff. de vsucap. iuncta l. fin. §. fin. ff. eodem.* Ergo ex his sequitur falsum esse, quod Iulianus ait, acquisita medio tempore vsucap-

vsucapta intelligi, si dominus fuerit reuersus.

Rursus falsum est ex Marcelli sententia, magis dubitabile esse, an procedat vsucapio hęredibus, si postea dominus non fuerit reuersus, cum imò latius accipienda sit fictio l. Corneliæ: Id probat Marcellus hoc argumento, quia ratio, cur captiuus etiam reuersus non possit intelligi vsucępisse per seruos medio tempore quęsita, ea est, quia interim nulla est persona: At hęc ratio cessat in hęreditate, nam interim adest hęreditas, quę personę vicem sustinet *l. hereditas ff. de acqu. rer. dom. l. mortuo ff. de fideiuss. cum simil lib.* ergo latius accipienda est hęc fictio: quoniam in summa non potest negari, magis adesse personam, si dominus non fuerit reuersus; quo enim casu dominus non reuertitur, statim eo capto, intelligitur persona ad fuisse, vel quę personę vicem sustinet hæreditas; Si verò reuersus fuerit ex post facto creditur fuisse, sed medio tempore, si petatur, an adsit persona, ad summum dici poterit, in pendenti id esse: Interim certum est, seruum hostium esse, qui ab illis captus est.

Verùm tum Iuliani sententia, tum Marcelli nota refertur à Paulo, non tamen probatur, cum imò vera sit sententia Iuliani, reuerso procedere vsucapionem: Procedere etiam hęredibus, sed hunc casum magis esse dubitabilem; Veram autem esse Iuliani sententiam probatur *ex l. in bello §. facti ff. de capt. & postl. reuers.* Vbi Triphoninus expressè docet sequendam Iuliani sententiam, reprobata Marcelli nota. Nihil tale dicit Paulus *in hac l. nostra*. Paulus duntaxat refert; Triphoninus Iuliani sententiam probat.

Ratio autem pro Iuliano ea est, quia per fictionem postliminij, ea omnia recuperat captiuus, si reuertatur, quę iuris sunt, quia semper retrò in Ciuitate fuisse
15 videtur. At † vsucapio iuris est *l. bona fidei §. 1. ff. de acqu. rer. dom.* ergo, & vsucępisse intelligitur. Et quamuis vsucapio ex facto pendeat, & ex possessione, qua ratione per captiuitatem interrumpitur,
16 tamen † receptum est iure speciali, vt dominus possidere per seruum ex causa peculij intelligatur sine aliquo suo facto *l. peregrè ff. de acqu. poss.* Vndè cum nullum factum domini requiratur, non mirum, si vsucapio procedat, etiam dum captiuus dominus est: Nam & si esset in Ciuitate scientia eius, factum eius non requireretur, vt ratiocinatur Papin. *in l. iusto §. fin. ff. de vsucap.* Neque obstat ratio Marcelli, nam cum quandocunque reuertatur dominus, semper in ciuitate fuisse videatur, non potest dici, personam non fuisse, quę vsucapionem inciperet; Et quamuis dum apud hostes dominus est, si quęratur, an persona sit, ad summum dici possit in pendenti esse: ità & si antequàm appareat dominum reuerti non posse, quęratur an sit hęreditas, respondendum erit in pendenti esse; & sicuti per fictionem postliminij, reuerso domino, persona retrò fuisse creditur, ità & per fictionem creditur retrò fuisse hęreditas, videlicet ex l. Cornelia. Id plus est in fictione postliminij, quia per hanc saltem retrò fuisse fingitur persona vera. At per fictionem l. Corneliæ retrò
17 fuisse fingitur hęreditas † persona scilicet ficta *d. l. hereditas ff. de acq. rer. dom.*

Rursùs magis dubitari posse, an procedat vsucapio hæredibus, si dominus non reuertatur, vt asserebat Iulianus; probatur, quoniam iure speciali receptum fuerat, vt vsucapio incepta procederet iacente hęreditate *l. captam ff. de vsucap.* Vndè non satis tutò inferebatur, ergò etiam inchoari posse iacente hæreditate: Nam multi contrarium existimarunt, nempè iacente hæreditate non posse vsucapionem inchoari, quorum ratio illa fuit, quia inductum est, vt vsucapio procedat iacente hęreditate eorum, quę defunctus possederat; At si post mortem domini, seruus acquirat, sinè dubio dominus non possedit, ergo non potest intelligi vsucapio procedere; & hanc rationem affert Papin. *in l. fin. §. fin. ff. de vsucap.* Neq; enim licet in his, quæ contra rationem communem iure speciali sunt inducta, argumentari, & extensionem facere *l. quod verò cum seq. ff. de ll. l.*
18 *quod contrà ff. de reg. iur.* Sed † tamen placuit magis communiter l. Corn. & id recipi, vt iacente hæreditate, procederet vsuca-

vſucapio, adeò vt etiam incipere poſſet, vt Paulus teſtatur *in l. pen. ff. de capt. & poſtl. reuerſ.* & ipse etiam Papin. *in d.l.iuſto §. nondum ff. de vſucap.* Vndè eſt quòd Iulianus ipſe etiam adfirmet, non dubitet vsucapionem procedere etiam hæredibus in casu iſto *l. bona §. quę peculiari ff. de capt. l. in bello §. facti ff. eodem*. Quod ſane abſolutè dicendum eſt, ſtante illa ſententia, quæ obtinuit, vt poſſet vſucapio procedere, & incipere iacente hæreditate. Cęterum dixit dubitabilem Iulianus, quia aliqui dubitarunt ex ratione iuris.

Ratio autem, cur id receptum fuerit, etiam iacente hæreditate, poſſe vsucapionem incohari, illa fuit, quia in his, quæ sunt iuris, perſonæ vicem ſuſtinet hæreditas *d. l. hæreditas ff. de acqu. rer. dom.* factum verò nullum deſideratur in peculiaribus, vt dictum eſt: ergo cum vsucapio iuris ſit, poterit etiam iacente hæreditate incohari.

Et hic eſt meo iudicio veriſſimus, & certiſſimus ſensus, & intellectus *huius legis*. Aduertendum † tamen eſt in vltimis
39 verbis, *idcòque in ſucceſſoribus locum non habere vſucapionem* detrahendam negationem, pro vt ſinè illa particula negatiua in pluribus codicibus legi teſtantur, & veteres, & recẽtiores noſtri interpretes; Alioqui non benè concluderet Marcellus vsucapionem hæredibus non procedere; cum imò ipse probare fuerit conatus maximè in ſucceſſoribus procedere.

Rurſus etiam aduertendum, quòd dicit Iulianus in pendenti eſſe vsucapionẽ, ſi ſeruus, dum dominus apud hoſtes eſt, emerit aliquid, intelligendum (ſuppoſita ea sententia) vsucapionem procedere reuerſo, non autem hæredibus; Nam cum in pendenti ſit, an ipse captiuus reuertatur, neceſſe eſt in pendenti eſſe etiã vsucapionem; Cæterum iuxta sententiã, quam & ipſe recepit Iulianus, videlicet, vt etiam ſucceſſoribus vsucapio procedat, non poteſt dici in pendenti eſſe vsucapionem, cum in omnem casum certũ ſit, eam admittendam, & procedere poſſe; locutus ergo eſt Iulianus iuxta ſententiam eorum, qui credebant hęredibus vſucapionem non procedere, quæ sanè ſententia fuit cum ratione, & contraria dubitabilis, licèt tandem magis communiter placuerit, vt explicauimus.

Si Reus Stichum, aut Pamphilum promiſerit. Qua ratione fideiuſſor Stichum ſolum promittendo obligetur ad l. hi qui 34. ff. de fideiuſſ. Cap. XLI.

SVMMARIVM.

Fideiuſſio acceſſio eſt. num. 1.
Acceſſorium non poteſt conſiſtere ſine principali. num. 2.
Fideiuſſor non poteſt obligari in aliud, quod principalis non debeat. num. 3.
Proponitur dubitatio ex d. l. hi qui. num. 4.
Adfertur Bartoli ad textum explicatio. num. 5.
Reprobatur. num. 6.
Adfertur expoſitio Caſtrenſis. num. 7.
Reprobatur. num. 8.
Adfertur Authoris expoſitio. num. 9.
Fideiuſſor non poteſt conuenıri antequàm principalis debeat. num. 10.
Fideiuſſor accedit obligationi futuræ, & tunc obligatur quando ipſe principalis incipit obligari. num. 11.
Qui purè nouat conditionalem obligationem, ſub conditione ſe obligat. num. 12.
Qui fert acceptum, quod ſub conditione debetur, ſub conditione tacita acceptum fert. num. 13.
Fideiuſſor poteſt accedere conditionali obligationi. num. 14.

1 Fideiuſſio † acceſſio eſt *§. fideiuſſores inſt. tit. de fideiuſſ. l. hi qui ff. eod.*
2 Cumque † principali causa non poſita, non poſſint conſiſtere, quæ eam ſequuntur *l. cum principalis 178. l. nihil dolo 139. §. fin. ff. de reg. iur.* conſequens eſt fideiuſſorem non poſſe in aliud obligari, quàm quod reus principalis promiſerit *l. grecè §. ſi quis Stichum ff. de fideiuſſor.* ſi enim obligationes principalis, & fideiuſſoris ſint diuerſæ, non poterit intelligi fideiuſſoria accedere principali, cum nulla talis principalis ſit.
4 Poteſt † igitur optima ratione dubitari

tari de eo, quod dicitur *in d. l. hi qui accessionis 34. ad finem* rectè fideiussorem obligari, si Stichum promittat, cũ principalis aut Stichum, aut Pamphilũ promisisset; Nam alia videtur hoc casu obligatio principalis, alia obligatio fideiussoria; quod probatur *ex l. inter stipulantem §. si stipulante ff. de verb. oblig.* si enim stipuletur quis Stichũ, aut Pãphilũ; Alter solum Pamphilum promittat, dicitur non obligari promissorem, quia ad interrogata non est responsum. Imò si principalis promiserit Pamphilũ: fideiussor, aut Pãphilum, aut decem promittat, dicitur ea ratione fideiussorem non obligari, quòd alia sit obligatio *l. græcè §. si quis Stichum ff. de fideiussor.*

5 Bartolus † difficultatem sentit *ad d. l. hi qui*, & respondet, posse fideiussorem, qui Stichum promisit, cum reus Stichum, aut Pamphilum promisisset, liberari dando, & soluendo Pamphilũ, ea ratione, quòd videatur contraxisse, & se obligasse iuxta obligationẽ principalis; quam in rem adfert *l. si vt proponitur ff. de fideiussor.* vbi qui mandat indistinctè Titio, vt mutuam Seio det pecuniam, si Seius accipiat certo in loco reddendam, non nisi, & ipse certo in loco conueniri potest, sicuti Seius.

6 Sed † persuadere nobis vult Bartolus ea responsione, fideiussorem, qui Stichum promittit, videri Stichum, aut Pamphilum promisisse, quod nescio, an aliquis credere voluerit. Sanè textus, quem allegat, ad rem non facit: ibi mandator vult teneri, & accedere futurę obligationi: si itaque ea restringatur, nõ potest mãdator in plus, quàm principalis cõueniri, non enim ità indistinctè contractum fuit, prout ipse mandauerat, ergo nec absolutè, & indistinctè mandator potest teneri: At in casu nostro, cum Stichus, aut Pamphilus à reo principali debeatur, expresse solũ Stichũ fideiussor promittit: ergò recedit à principali obligatione, & non ità vult esse obligatus, prout principalis; Itaque cum solum debeat Stichum, nulla ratio efficere potest, soluendo Pamphilum, eum liberari. Rursus Bartolum reprehendit Castrensis alia ratione, nempè quia, quamuis Bartoli responsionem admitteremus, tamen dicendum esset fideiussorem non obligari, quia alia est fideiussoris obligatio, alia obligatio principalis; vt probat *ex d. l. græcè § si quis Stich. ff. de fideiussor.* ibi enim si principalis promiserit Stichum, fideiussor verò promittat Stichum, aut decem, dicitur ideò non obligari, quòd alia sit obligatio, ergò è conuerso, si principalis debeat Stichum, aut Pamphilum, & fideiussor solum Stichum promittat, non obligabitur, quià similiter alia erit obligatio.

7 Itaque † Castrensis existimat rectiùs responderi posse fideiussorẽ, qui promittit Stichum, cum reus debeat, aut Stichum, aut Pamphilum, non obligari, quia alia est obligatio fideiussoris, quam illa principalis. Ad textum verò, in quo dicitur, fideiussorem obligari, respondet id dici considerata ratione illa, quòd in leuiorem, non in duriorem causam obligetur, quia enim fideiussor, qui solum Stichum promittit, in leuiorem causam obligatur, quia fieri potest, vt Sticho mortuo liberetur, ex hac ratione potest dici obligari: Verùm, si aliam rationem consideremus, videlicet, quod alia sit obligatio principalis, alia obligatio fideiussoris, dicendum est fideiussorem non obligari.

8 Verum † neque Castrensis interpretatio recipienda est: I. Conf. enim absolutè dicit *in d. l. hi qui* fideiussorem obligari, qui sanè non obligaretur, si alia esset obligatio, vel malè nos doceret Iuris Cons. obligari. Qui enim in leuiorem causam, esse fideiussorem asserit obligatũ, supponit in idem tamen esse illũm obligatum; alioqui frustrà de leuiori, vel duriori causa quęritur, cum diuersam habemus obligationem; qua posita, cum tollatur accessio, necesse est etiam tolli quæstionem illam, vtrum fideiussor accedat in leuiorẽ, an duriorẽ causam

9 Pro † resolutione igitur difficultatis, animaduertendum est in stipulatione alternatiua, si quis Stichum, aut Pamphilum e. g. fuerit stipulatus, non vtrumq; esse in obligatione, sed vtrumque duntaxat ad obligationem deductum esse *l. si duo rei 128. ff. de verb. obl.* ita vt nõ vtrũque debeatur, sed horum alterum, & id,

Z quod

quod fuerit solutum, cum vnum duntaxat sit soluendum *d. l. si duo*; ergo ex solutione apparebit, solutum esse, quod debitum fuit *l. si non sortem §. si decem ff. de condict. indeb.*

Cum itaque in stipulatione alternatiua non sit vtrumq; in obligatione, sed alterutrum debeatur, vt alterutrum solui possit, quodammodo vtrumque sub conditione debetur, si solutum fuerit, vel si solum præstari, & solui possit: Itaque, quando promissor debet alternatiuè Stichum, aut Pamphilum, & fideiussor promittit Stichum, non statim obligatur, ità vt possit creditor à fideiussore statim Stichum petere (vt intelligunt Doctores) sed ità, & in eum casum obligatur, si solus Stichus præstari possit, putà Pamphilo mortuo, vel libero facto: Nam certum est ex fideiussoria obligatione, quę accessoria est, non posse principalem immutari (qua ratione, si promissor Stichum, aut Pamphilum, vtrum ipse vellet, promiserit, non poterit fideiussor promittere Stichum, aut Pamphilum, vtrum ipse fideiussor velit *l. Stichum, aut Pamphilum ff. de fideiussor.*) Ergò sicuti non posset creditor, à debitore petere Stichum, sed debet, vel Stichum, vel Pamphilum petere, alioquin vnum petendo, plus peteret, etiam si viliorem peteret, *§. plus autem in fine instit. tit. de act.* ita nec à fideiussore poterit, nè plus sit in accessorio, quàm in principali, & ne id petatur quasi debitū, quod an debitum sit, ignoratur, cum ex futura solutione pendeat intelligere, quod
10 nam debitum sit. Et † sane antequàm principalis debeat, fideiussor conueniri non potest *l. fideiussor ante ff. de fideiussor.*

Itaque secundum subiectam materiam res est intelligenda, & ità textus accipiendus, vt fideiussor promittere possit Stichum, sed iuxta naturam fideiussoriç obligationis, videlicet, vt Stichus, ità demum debeatur à fideiussore, si quādoque appareat, eum deberi à principali; Dum enim principalis debet Stichū, aut Pamphilum, vt anteà dicebam, Stichum veluti debet sub cōditione, si vel soluetur, vel solus solui poterit: ergo dum fideiussor promittit Stichum, qui à principali veluti sub conditione debetur, intelligēdus est promittere sub eadē conditione.
11 Nam, † & fideiussor, qui futurę accedit obligationi, rectè intercedit, sed obligatur ità demum, si postea principalis obligetur *§. fideiussor inst. tit. de fideiussor. l. 6. § fin. ff. eod. l. non quemadmodum 35. ff. de iudic.*
12 Sicuti † is, qui purè nouat conditionalem obligationem, sub conditione, & ipse obligatur *l. quoties §. qui*
13 *id quod ff. de nouat.* & † qui acceptū fert, quod sub conditione debetur, tacitè sub eadem conditione fert acceptum *l. actus*
14 *legitimi 77. ff. de reg. iur.* Nec † quid est, quòd prohibeat conditionali obligationi fideiussorem accedere *l. si. debitor 47. §. fin. ff. de fideiuss.* Ergo si existet conditio, sub qua Stichus a principali debetur, fideiussor obligabitur: sin minus, nec fideiussisse intelligetur; Itaque ità demū fideiussor obligabitur, si Pamphilus decesserit, vel alia ratione præstari amplius non potuerit: Hoc namque casu, quia Stichus à reo principali purè debebitur, existente iam conditione, fideiussor Stichum debebit; quòd si Pamphilus viuet, & pręstari poterit, donec in ea causa erit Pamphilus, vt solui possit, à fideiussore Stichus peti non poterit; Vt potè, cum nondum Stichus à principali debeatur, sed vel Stichus, vel Pamphilus.

Cum itaque quærit Iuris Cons. an fideiussor obligetur, Stichum promittens eo casu, quò principalis, aut Stichum, aut Pamphilum promiserat, & dubitat ex eo, quia deteriorem fecisse suam conditionem videtur fideiussor, qui sibi electionem eripuit, rectè respondet, non in duriorem causam se se obligasse, sed in leuiorem, ea ratione, quia, cum solum Stichum promiserit, potuit Sticho mortuo liberari: quo tamen casu principalis nō liberatur Hęc optima ratio est, ex qua ostenditur in leuiorē causam esse fideiussorem obligatum: Qua ratione contentus fuit Iuris Cons. Potuisset tamē, & aliā addere, quia scilicet ità demùm tenetur fideiussor, si Pamphilus solui amplius nō possit; sed illa fuit contentus, sicuti Iulianus relatus *in l. gręcè §. si quis Stichū ff. de fideiussor.* vnam tantū rationem attulerat: Nō est necesse omnes rationes adferre, si plures

plures reddi possint, sat est, si ex ratione, quę redditur, benè res decidatur, nec eo nomine possit Iuris Conf. reprehendi. Passim verò in iure nostro licebit obseruare, vnam solam rationem reddi, vbi plures possent adferri, & interdum validiores omitti, vt *in l. si ità fideiussorem ff. de fideiuss.*

Neque obstant, quę ab initio objiciebantur, nempè aliam esse obligationem istam fideiussoris, aliam principalis *ex d. l. inter §. si stipulanti ff. de verb. oblig.* Nam fateor diuersam esse obligationem illam alternatiuam, si promissor Stichum, aut Pamphilum spoponderit, ab illa, in qua solus Stichus promissus fuerit: sed in casu nostro non est diuersa obligatio fideiussoris, ab obligatione principalis, videlicet, quia non aliud debiturus est fideiussor, quòd principalis non debeat. Si reus principalis interrogatus, vtrum vellet Stichum, aut Pamphilum dare, solum Pamphilum promitteret, sinè dubio aliud promitteret, quàm quòd fuit interrogatus, minus enim causa promitteret *§. plus autem inst. tit. de act.* Et ad interrogata non responderet, vt dicitur *in d. l. inter §. si stipulanti.* At semel posita obligatione rei principalis, qui promisit Stichum, aut Pamphilum, rectè obligatur fideiussor ad solum Stichum, nempè quia statim non obligatur, sed sub conditione, vt dixi, si Stichus debebitur, quandò verò exiſtet conditio, solus Stichus etiam à principali debebitur. Ergò non alia erit obligatio fideiussoris, alia principalis, sed vna eadem vtriusque.

Minùs obstat *l. gręce §. si quis Stichum ff. de fideiuss.* Nam ibi cum principalis solum Stichum debeat, fideiussor statim, vel in Stichum, vel in decem vult obligari, alia autem est obligatio hæc alternatiua, ab illa pura principalis, qua solum Stichum debuit.

Explicatur l. 1. ff. si stipulanti ff. de Verb. oblig. Cap. XLII.

SVMMARIVM.

SI. stipulanti decem, quinque quis promittat; vel contra, inutilis est stipulatio. num. 1.

Stipulationes pendent à negotio contracto. n. 2.

Stipulatio sine causa inefficax est. num. 3.

Si stipulanti decem, promissor quinque respondeat, non valet stipulatio, nec distinguendum an ex causa lucratiua, an onerosa stipulatio fiat. num. 4.

Explicatur l. 1. §. si mihi stipulanti ff. de verb. oblig. num. 5.

Si stipulanti decem, promissor respondeat quinque, vel contrà, valet stipulatio, si in minori summa adsit consensus. num. 6.

1 IVstinianus † *in §. præterèa instit. tit. de inutilibus stipul.* ponit hanc regulam, inutilem esse stipulationem, si promissor ad ea, quę interrogatus fuerit, non responderit, *veluti (inquit) si quis decem aureos à te stipuletur, tu quinque promittas, vel contra, aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra.* Ergo si quis decem stipuletur, promissor quinque respondeat, vel contrà, inutilis est stipulatio, & quidem omnino inutilis, & in omni sui parte, sicuti omnino inutilis est, quando quis purè stipulatur, promissor verò sub conditione promittit. Nec mirū, nam ad interrogata non est responsum: qui enim decem stipulatur, vtiq. non stipulatur quinque, & è conuerso; quamuis enim in maiori summa insit minor, non tamen, qui decē stipulatur, stipulatur duntaxat quinque, ita vt, & stipuletur quinque, & decē, sed sola decem: ergò quamuis simpliciter in maiori summa minor insit, non inest tamen ex mente stipulātis, vel promittentis. Itaque non est ad interrogata responsū, si stipulāti decē, quis promittat quinque, vel contrà. Stipulationes † enim
2 semper à negocio contracto pendent *l. 5.*
3 *ff. verb. oblig.* ita vt † per se stipulatio,

nisi causam habeat, semper inefficax sit, & inutilis *l. 2. § circa ff. de doli mali, & metus except.* Negocium verò, à quo stipulatio pendet, diuidi non potest: Ponè mutua quis tibi dedit, vel numerauit decem, quæ sibi vult ex stipulatione deberi: Decem stipulatur, tu quinque promittis: Inutilis est stipulatio, nec in quinque cótracta est obligatio, ratio est, quia in sola quinque, nec vult stipulator obligationem acquirere, sed in decem; Simile exemplum desumi potest *ex l. si tibi decem ff. locati.* Quidam domum locare volebat pro decem, sed ea volebat sibi deberi ex stipulatione: Stipulatus fuit decẽ, Conductor quinque respondit. Nulla omnino, & inutilis est stipulatio. Finge è contra: Debet quis decem: Delegat debitorem, vt nouatio fiat in decem. Creditor quinque duntaxat stipulatur; Debitor decem respondet, & promittit; Non est contracta obligatio, nec in quinque, quia promissor vult in decem obligari, & liberari à primo creditore, non autem vult duobus esse obnoxius; Nec
4 † verò distinguendum est, vtrum ex causa lucratiua, an onerosa interponatur stipulatio: Nam quamuis lucratiua sit causa, qui vult decem donare, fortè non vult quinque, & contrà qui decem vult sibi donari, quinque non vult, Itaque absolutè, quacumque ex causa stipulatio sit interposita, si maiorem summam quis fuerit stipulatus, alter minorem promiserit, vel contrà, cum non sit ad interrogata responsum, securè respondemus secundùm regulam à Iustiniano firmatam *in d. §. preterea* inutilem esse stipulationem.

5 Quid † ergo est, quod respondetur *in d. l. 1. §. si mihi stipulanti ff. de verb. oblig.* Si viginti quis fuerit stipulatus, alius promiserit decem, vel contrà, in decem valere stipulationem, ea addita ratione, quia licèt debeat congruere summa, tamen certum est in viginti, & decem inesse; Videtur sanè hoc Vlpiani responsum contrarium regulę à Iustiniano firmatæ *in d. § preterea.*

Sed animaduertendum est, imò cum Iustiniano conuenire Vlpianum, & sicuti Iustinianus inutilem asserit stipulationem, si decem quis fuerit stipulatus, promissor quinque spoponderit, & è contrà: ità & eamdem regulam sequitur, & probat Vlpianus. Obseruandum enim est, non ità loqui Vlpianum, vt asserat stipulationem in decem valere, si mihi viginti stipulanti, tu decem promiseris, & contrà: sed imò regulam ponit, & ipse, stipulationem inutilem esse, & non valere; Ità enim loquitur Vlpianus. *Si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat.* In quibus verbis Vlpianus negat contractam esse obligationem, & sic regulam probat, & confirmat. Addit tamen, exceptionem in illis verbis *nisi in decem:* Sensus Vlpiani est, si quis viginti stipuletur, & ei decem promittantur, non est contracta obligatio, nisi fortè in decẽ cótracta sit. Multum interest, dicat quis, si viginti stipuler, tu decem respondeas, in decem contrahitur obligatio. An verò dicat, si stipuler viginti, tu decem promittas, non contrahitur obligatio, nisi in decem: primo casu, ille affirmat semper in decem contrahi obligationem: secundo casu, imò asserit obligationem non contrahi, nisi fortè aliquando in decem contrahatur. Itaque verba illa *nisi in decem* continent exceptionem ad regulam, & sensus Vlpiani ille est. Regulariter nõ contrahitur obligatio, nisi fortè interdum
5 contrahatur in decem. Si autem † quęramus quando in decem contrahatur, respondendum est eo casu contrahi, quandò ex contrahentium mente, in maiori summa inest minor, ita vt qui viginti stipuletur, eo animo sit, vt & decem stipuletur, & è contra, vt qui viginti promittit, eo animo sit, vt decem promittere velit: Exemplum desumi poterit *ex d. l. si tibi decem ff. locati.* Hoc itaque casu valebit stipulatio in decem, nec obstabit, vt Vlpianus considerat, summam non congruere, & sic non esse ad interrogata responsum, nam imò congruit summa, quia in maiore inest minor: Ergo constat Vlpianum *in d. l. 1. §. si mihi stipulanti* regulam eamdem à Iustiniano positam sequi, & confirmare, dũtaxat addere exceptionem, quia licèt regulariter nulla sit stipulatio, & omnino non valeat, quòd non sit ad

fit ad interrogata responsum, tamen interdum, quia adest consensus contrahentium, vt in maiori summa insit minor, stipulatio in minori summa, in qua consensum est, consistit.

Ad l. si paterfam. 9. in princ. & §. non solum vers. sed, & si non donandi ff. ad Sen. Consf. Maced. Cap. XLIII.

SVMMARIVM.

Pater, qui consentit aliquem fideiubere pro filio, eum contractum videtur comprobare ex communi opinione. num. 1.

Debitor, qui partem soluit, totum contractum videtur comprobare. num. 2.

Qui pro alio fideiubet, intelligitur velle obligatas res suas antea sine suo consensu pignori obligatas. num. 3.

Qui pignus dat, contractum probat. num. 4. contra. num. 13.

Fideiussio, accessio est. num. 5.

Ex accessorio, non potest confirmari principale. num. 6.

Obligatio naturalis inducitur, & tollitur nuda voluntate. num. 7.

Constituitur id duntaxat, quod efficaciter debetur. num. 8.

Constituens quod ciuiliter debet, non obligatur. num. 9.

Fideiussor accedit ciuili obligationi. num. 10.

Sed eadem ei competunt exceptiones, quę principali. num. 11.

Ex accessorio principale non immutatur. num. 12.

Explicatur d. l. sed & si paterfam. §. non solum. num. 14.

Rem habere videtur, qui actionem habet. num. 15.

Nihil interest, actionem quis non habeat, an eam, qua exceptione potest repelli. n. 16.

Filiusfam. ex mutuo naturaliter obligatur. num. 17.

Actio denegatur aduersus fideiussorem, qui pro filiosam. intercessit ex causa mutui. num. 18.

Circuitus sunt vitandi. num. 19.

Prator negat actiones ipso iure competentes, si videt effectum illas habere non posse. n. 20.

Pignus, & fideiussor, accessiones sunt. num. 21.

Effectus solutionis est liberatio. num. 22.

1 SVpponunt † Doctores tanquàm verissimum, patrem, qui consentit, fideiussores intercedere pro filio, qui mutuam accepit pecuniam, intelligi principalem contractum mutui comprobare, idque, & Baldus, & Castrensis notant *ad d. l. s. d. si paterfam. §. non solum ff. ad Maced.* & non sine ratione ita sentire videntur ex verbis apertissimis eiusdem contextus, quę hęc sunt. *Sed & si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus à patre videbitur comprobatus.*

2 Et verò † sicuti is, qui partem debiti soluit, contractum totum videtur comprobare *l. sed Iulianus §. fin ff. ad Maced.*

3 ità, & is, qui dat fideiussores; Nam † & qui fideiubet, contractum probat, indè res suas sine suo consensu pignori datas, fideiubendo intelligitur velle obligatas esse *l. Pomponius 5. §. fin. ff. in quibus pign. vel hypoth. tacit. contrah.* ergo, & contractum probabit, qui fideiussores creditori

4 præstabit. Nam † & contractum probat ille, qui rem pignori dat. Indè si filiusfam. mutuam acceperit pecuniam, & paterfam. factus, pignori rem dederit, vti non potest exceptione Sen. Cons. Maced. *l. sed si paterfam. in princ. ff. ad Maced.*

5 Sed † hac in re subsistendum est, cum enim fideiussio sit accessio ad principalē obligationem § *fideiussores inst. tit. de fi-*

6 *deiussor.* Non † potest ex accessorio valere, & confirmari principale *l quod per*

7 *manus ff. de iure cod.* Hac † ratione licèt naturalis obligatio, nuda inducatur, & tollatur voluntate *l. Stichum aut Pamphilum §. naturalis ff. de solut. l. si vnus §. pa-*

8 *ctus ne peteret ff. de pact.* Tamen † quia constitutum, accessio quędam est, & id tantum constituitur, quod efficaciter de-

9 bitum est *l. 1. §. 1. ff. de constit. pec.* Si † quis constituat, quod ciuiliter debet, non tamen ex eo intelligitur comprobare ciuilem obligationem, & ex sua voluntate inducere naturalem, nam imò quia debita iuribus non est pecunia, constitutum

10 non tenet *l. 3. §. 1. ff. de const. pec.* Sic † ei à ciuili

ciuili obligationi accedit fideiussor §. 1. *inst. de fideiuss.* dando tamen fideiussoré, non videtur quis ciuilem obligationem comprobare, & exceptioni renunciare.

11 Nam† videmus fideiussori easdem competere exceptiones, quę principali competebant *l. si cui pen. l. eam mandatori C. de non num. pec. l. si stipulatus* 15. *ff. de fideiuss.* quæ tamen non competerent, si eo ipso, quòd principalis daret fideiussorem, intelligeretur velle obligari, & exceptionibus renunciare, quę ex æquitate ei competunt; Cessaret namque ęquitas illa ex posteriori voluntate debitoris, qua accedente, vna cum ciuili obligatione iungeretur etiam naturalis, & sicuti principalis ipse deinceps nullam haberet exceptionem, ita multo minus fideiussor. Verùm quoniã fideiussio, vt dicebamus, accessio est; qui vult accessionem dare obligationi, obligationem ipsam nõ vult

12 immutare (neque † enim ex accessorio principale immutatur *l. si stichum, aut Pamphilum ff. de fideiussor.*) Vult duntaxat obligationi, qualis illa sit, fideiussorem adiungere: Nihil ille agit circa principalem obligationem, circa contractum principalem. Obligationem supponit; non vult inducere, ergò nec auget illam, nec minuit.

13 Confirmatur † id ipsum *ex l. sed si paterfam. in princ.* vbi si paterfam. factus is, qui filiusfam. mutuam acceperat pecuniam, pignus dederit, non tamen censetur contractum mutui comprobare, sed duntaxat de pignore tenetur, ideo vsque ad quantitatem pignoris ei denegatur exceptio Sen. Conf. non absolutè, & in vniuersa quantitate, & pecunia, quã mutuam accepit; Cum tamen, si ex pignoris datione, contractum principalẽ comprobasset, in totum exceptio ei esset deneganda, vt contingit in illo, qui partem debiti soluit, is enim, cum totum contractum ex eo videatur comprobare, in totum etiam rectè conuenitur, nec vlla exceptione vti potest *d. l. sed Iulianus §. fin. ff. ad sen. Conf. Maced.*

14 Et † hoc verius esse existimo, ex eo quòd pater consentit, fideiussorem dari pro eo, quod debet filius ex contractu mutui, non intelligi comprobare mutui contractum, & quod dicitur comprobare videri *in d. l. sed si paterfam. 6. non solum* intelligendum esse inspecto effectu. Hac

15 † ratione dicitur rem habere videri, qui actionem ad eam persequendam habet *l. is qui actionem* 15. *ff. de reg. Iur.* Sicuti

16 † è contra dicitur nihil interesse ipso iure, quis actionem non habeat, an eam, quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest* 112. *iuncta l. Marcellus* 66. *ff. de reg. Iur.* Ita etiam pater, qui consentit fideiussorem pro filio intercedere, inspecto effectu, videtur contractum principalem comprobare; ratio autem est, quia rectè fideiussor conueniri poterit, vt potè, qui ipso iure est obligatus, accessit

17 enim obligationi naturali filij; filius † nãque licèt contrà Sen. Conf. mutuam pecuniam accipiat, naturaliter tamen obligatur *l. quia naturalis ff. ad Maced.* Ne-

18 que † ideò aduersus fideiussorem denegabitur actio, quòd per mediam fideiussoris personam, ad filium perueniri possit, vt fit regulariter *d. l. sed, & si pater fam. §. non solum in princ.* Nam hoc casu, quando voluntate patris, fideiussor intercessit, rectè est obligatus, & quo ad ipsius obligationem, impedimentũ Sen. Conf. cessat: Itaque per mediam fideiussoris personã, & filius, & pater conueniũtur, ergo inspecto effectu, intelligetur cõtractus comprobatus: Quinimò, quia per mediam personam fideiussoris, & filius, & pater possunt conueniri, poterunt, &

19 recta via † ad circuitum vitandum, vt *in l. Dominus, & alijs iuribus, quę ibi congeris Gloss. ff. de cond. indeb.* Pętor enim exceptionem Sen. Conf. Maced. negabit,

20 nam †, & licèt ipso iure cõpetat actio, tamen prætor eam negat, si videt effectum habere non posse *l. necessarijs ff. de acqu. hered. iuncta l. filius ff. de inter. actionibus, l. p. §. in operis ff. de noui operis nunc.* Itaque si aduersus actionem constet prætori, exceptionem competere, actionem statim negat, & tum demum actioni, exceptionem iungit, quando dubitat, an exceptio competat *l. nam postea quam ff. de iure iur.* Hac ratione dicitur ex Sen. Conf. Maced. actionem negari *l. p. ff. ad Maced.* Item ex Velleiano *l. 2. ff. ad Sen. Conf. Veli.* Cum tamen sępe dicatur ex

dd. Sen.

dd. Sen. Conf. competere exceptionem *l. qui exceptionem ff. de con. indeb. & passim in illis tit.* Nempe quia licet exceptio ex dictis Sen. Conf. sit inducta, tamen, quia vi ipsa perimit actionem, ideò prętor actionem, licèt ipso iure competentem, denegat. Ita ergo prætor, qui videt ex consensu patris, datis fideiussoribus, futurum esse, vt per mediam fideiussorum personam, rectè filius, & pater etiam conueniantur, rectè etiam concedit contra ipsos actionem, Sen. Conf. exceptione deuegata: & sic inspecto effectu, dici potest videri patrem contractum principalem comprobasse, cuius voluntate fideiussores intercesserunt: Hac ratione, si paterfam. factus, qui dum filiusfam. erat, mutuam pecuniam acceperat, pignus dederit, licèt ex datione pignoris non intelligatur contractũ mutui comprobasse, tamen, quia rectè pignus datum est, & illud, non solum persequi, & retinere, sed etiàm distrahere pro suo credito potest, qui mutuam dederat pecuniam; Prætor effectum hunc respiciens, si iste, qui pignus dedit, conueniatur, & actionem creditori concedit, & exceptionem Sen. Conf. ei, qui mutuam pecuniam accepit, negat: sed (quod aduertendum est) non absolutè; verum ad pignoris vsque quantitatem, nempè quia pignus dando, contractum, iste non comprobauit, sed effecit, vt pro eo contractu vsque ad pignoris quantitatem in effectu teneretur. Prętor ergo effectum respiciens, actionem absque vlla exceptione, vsque ad illam quantitatem concedit.

Et verè plurimum interest, vtrum quis partem debiti soluat, quo casu, totum contractum probat, an verò det pignus,
21 aut fideiussores. Nam † (vt dicebamus) & pignus, & fideiussor accessiones sunt *l. in omnibus ff. de solut.* Ex accessorio
22 principale non conualidatur. At † qui soluit, vult ab obligatione liberari, is enim effectus est solutionis *inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* Necesse ergo est, eam probet obligationem, quam tanti facit, vt ab ea velit liberari, nec potest pro parte probare, quin totam comprobet: contractus enim sunt indiuidui. Diuersum etiam est, quòd dicebamus, eum qui fideiubet pro debitore, videri comprobare pignoris obligationem ab ipso debitore dati; nam qui scit res proprias à debitore pignori datas, præterea pro ipso fideiubet, magis vult cautum creditori, quàm antea esset, & ratam habere pignoris obligationem intelligi congruum est, qui se obligando consequenter, & effectu inspecto, res omnes suas obligat, cum possint hæ saltem in executionem iudicati capi *l. à Diuo Pio §. in venditione ff. de re iudicata.*

De Sententia l. fin. C. de fideiussor. Animaduertitur Triboniani manus in l. 2. C. de fideiuss. tut. Cap. XLIV.

SVMMARIVM.

Electione principalis, fideiussor olim liberabatur, & contrà num. 1.
Explicatur l. si fideiussores 7. ff. de fideiuss. tut. n. 2.
Tutorum fideiussores beneficium diuisionis non habent. n. 3.
Mandatores actionem diuidunt. n. 4.
Explicatur l. 2. C. de fideiuss. tut. n. 5.
Conuento reo, mandator non liberabatur, nec contra. n. 6.
An vno ex fideiussoribus conuento, cæteri liberarentur. n. 7.
Fideiussor potest obÿcere exceptionem diuisionis ante condemnationem. n. 8.
Ante solutionem potest fideiussor conuentus petere sibi aduersus confideiussores, actiones cedi. n. 9.
Explicatur l. fin. C. de fideiussor. n. 10.

1 QVI † & reum principalem, & fideiussorem olim habebat obligatum, vnius electione, alterum liberabat pro vt testatur *Paulus recept. sent. lib. 2. tit. 17. §. fin. Caius inst. lib. 2. tit. 9. intelligitur ex Iustiniano in l. fin. C. de fideiuss.* qua ratione *in l. si quis mandatu 45. §. fin. ff. mand.* dicitur mandati teneri fideiussorem, cuius mandato creditor aduersus reum principalem egit: Redditur ratio, quia fideiussor ex sequenti

manda

mandato liberatur priori causa, nempè ex eo, quia creditor egit cum principali, liberatus est fideiussor, nec potest amplius ex stipulatione conueniri, sed sola superest mandati causa, si fortè creditor consequi à principali, quod sibi debebatur, non potuit, quòd non esset soluen-

2 do. Et † hinc explicandus textus *in l. si fideiussores 7. ff. de fideiussor. tut.* licèt

3 † enim si fideiussores tutorum, pupillus conueniat, non possint illi diuidere obligationem, nec diuisionis exceptionem habeant *l. fin. ff. rem pupill. salu. for.* si tamen eorum periculo, & mandato adolescens tutorem conuenerit, actionem diuidunt, videlicet, quia sunt ipsi liberati ex eo quòd tutor principalis debitor conuentus est, nec alia superest obligatio, quàm illa, qua promiserunt se reddituros, quod à tutore adolescens seruare non posset, ex qua nouum onus fideiussores susceperunt, & non amplius tanquàm tutoris fideiussores, sed tanquā mandatores, vel ad exemplum man-

4 datorum tenentur, qui † actionem diuidunt *l. fin. C. de const. pecun.* Nam isti nunc primùm contraxerunt cum adolescente, in quos adolescens non incidit, sed spontè, & sciens contraxit, vndè cessante ratione *l. fin. ff. rem pup. salu. for.* beneficium diuisionis, istis competit.

5 Ex † his intelligimus, quod dicitur *in l. 2. C. de fideiussor. tut.* electo reo, & soluente, fideiussorem liberari, Triboniani esse, qui respexit ad constitutionem Iustiniani *in l. fin. C. de fideiussor.* cum enim *in d. l. 2.* dictum esset, reo electo, fideiussorem liberari ipse addidit *& soluente*, quod etiam satis deprehenditur *ex ead. l. 2.* Ibi enim assignatur differentia inter fideiussorem, qui simpliciter acceptus est in id, quod tutor, seu curator debiturus esset, & eum, qui promisisset rem pupilli saluam fore, vel cauisset in id, quod à tutore, vel curatore seruari nō posset: differentia autem ea erat, quia si simpliciter esset acceptus, tutore condemnato, imò conuento, statim liberabatur (deducitur enim in eo textu argumentum à minori ad maius) Si verò cauisset in id, quod pupillus seruare non posset, manebat obligatus ad supplendam indemnitatem. Tribonianus, cum ab initio addidisset, reo electo, & soluente, reum liberari, addidit etiam tutorem condemnatum soluisse, & ineptam effecit decisionem eius legis: nam si tutor principalis condemnatus soluit, quomodo fieri potest, vt fideiussor, qui promisit id, quod pupillus à tutore seruare non posset, teneatur ad indemnitatem supplendam? Iam supponitur plenè satisfactum à tutore, qui condemnatus soluit. Quòd si volumus non soluisse, vel non integrum soluisse, vel fideiussor simpliciter acceptus in id, quod tutor, vel curator debiturus est reo conuento liberabitur, vel nō: si liberabitur, frustra additum est tutorem soluisse: si non liberabitur, nulla ergo differētia erit, vtrū simpliciter fideiussor sit acceptus, an de indemnitate cauerit; & tamē ibi agitur de assignanda differētia inter fideiussorem indemnitatis, & simpliciter acceptū, ergò manifestè apparet à Triboniano textum corruptum, bona tamen mente, & vt illum cū Iustiniani constitutione componeret.

6 Non † idem ius, quod erat in reo, fideiussoribus, constitutum, receptū quoque erat in mandatoribus, & reo; Nā imò reo conuento, mandatores non liberabantur, nisi fortè is satisfecisset, & solidum soluisset: Nec e cōtrà, si actum esset cum mandatoribus, principalis reus liberabatur *l. si mandato l. Vranius ff. de fideiuss. l. si quis alicui 27. §. fin. ff. mand. testatur Iustin. in d. l. fin. Cod. de fideiuss.* Cuius rei illam rationem reddit Faber *ad d. l. 27. §. fin. ff. mand.* quòd fideiussoris, & rei principalis vna videatur obligatio, cum fideiussor nunquam obligetur, nisi præcedente principali obligatione, cui accedit: At verò per se, & principaliter obligatur mandator actione mandati, quæ toto cœlo à negotio principali distat, & à principali contractu. Non ergo mirum, si electione mandatoris, reus non liberetur, & contra.

7 Sed † an sicuti electione rei fideiussor liberabatur, & contrà: ità vno ex fideiussoribus conuento, liberabātur alij cōfideiussores? Ità communiter Doctores omnes existimant tàm veteres, quàm recentiores, & eruditiores, qui mouentur ex constitutione Iustiniani *in l. fin. C. de fideiuss.*

fideiuss. cum enim ibi Iustinianus constituat, quod receptum erat in mandatoribus, vt vno conuento, alius non liberaretur, idem in fideiussoribus seruari; Intelligimus olim ante illam constitutionem, aliud ius fuisse seruatum, & ita electione vnius fideiussoris, alios fuisse liberatos.

8 Ego in cōtraria sum sententia: Video † enim fideiussorem conuentum, potuisse obijcere exceptionem diuisionis ex epistola D. Adriani, non solum ante litem contestatam, sed quandocumq; ante condemnationem *l. fideiussor. 10. C. de fideiuss.* Itaque ex litis contestatione cū vno ex fideiussoribus, alij non liberabantur, alioqui frustrà desiderasset, qui fuisset conuentus, vt cum alijs reus ageret:

9 Confirmatur † similiter, quia quandocumque ante solutionem potest fideiussor petere à creditore sibi aduersus confideiussores actiones cedi, *l. si mandato l. fideiussoribus. ff. de fideiussor. l. Modestinus ff. de solut.* quę sanè cedi non possent, si ex eo, quod vnus ex fideiussoribus fuisset conuentus, aduersus alios extinctæ fuissent *d. l. Modestin. ff. de solut.*

10 Quantum † pertinet *ad l. fin. C. de fideiussor.* Animaduertendum est, quod dicitur in princ. *eius l.* constitutum esse in mandatoribus, vt contra vnum ex his facta contestatione, alter non liberetur, ita intelligendum esse, & supplendum, quasi dictum esset: Quemadmodum in mandatoribus, & reis principalibus cautum est, vt vno ex his conuento, alius non liberetur &c. nam constitutio respicit mandatores respectu principalium, non mandatores inter se, & è conuerso principales respectu mandatorum. Clarius dixisset Iustinianus. Quemadmodum in mandatore constitutum est, vt aduersus vnum, contestatione facta, alter non liberetur: Si ita enim esset locutus, facilius intelligeremus dictum de mandatore, & reo, vnius electione alterum non liberari, sed idem voluit Iustinianus, licet de mandatoribus in plurali numero fuerit locutus; Ita verò intelligendum Iustinianum; & ideò, quod subijcit, idem in fideiussoribus seruandum, accipiendum esse respectu principalis, non respectu confideiussorum inter se, qui & ante illam constitutionem, ex eo, quod vnus ipsorum esset electus, non liberabātur: probatur euidenter, quia in consequentiam eius dicti videlicet idem in fideiussoribus seruandum, statim infert, & subijcit Iustinianus electione vnius, siue rei, siue fideiussoris, alterum non liberari. Itaque respectu fideiussorum, & principalium constitutio disponit, vnius electione, alterum non liberari, non respectu fideiussorum inter se, & siue vnus ex fideiussoribus eligatur, siue omnes, reus non liberatur, siue reus conueniatur, non liberantur fideiussores, nisi eo casu, quo creditori sit satisfactū, & quāuis Iustinianus dicat vnius ex fideiussoribus electione, alterum non liberari, id dicit respectu rei, non respectu confideiussorum, nam & vicissim dicit rei electione, alterum non liberari, id est fideiussorem non conuentum, & quidem nō vnum, sed omnes, cum omnes eiusdē sint conditionis; itaque cum de vno conuento dixisset, idem repetit, si omnes conuēti essent, adhuc enim constituit, reum ipsum non liberari, nisi creditori fuerit satisfactum.

Posset fortè alicui hac in re negocium facere textus *in l. liberum 16. C. de fideiuss.* sed benè *eam l.* explicat Donellus *in l. reos. Cod. eod. tit.* Itaq; nihil ego hîc subijcio.

Ad § pen. Inst. tit. de locat. & cond. Culpa alia lata, alia leuis, an aliqua sit leuissima. Cap. XLV.

SVMMARIVM.

Quenam culpa in contractibus prestetur iuxta communem Doctorum sententiam. num. 1.

Conductor debet eam diligentiam prestare, quā diligentissimus in suis rebus adhiberet. & n. 2 & 10 sed quo sensu. n. 33.

Culpa alia lata, alia leuis. n. 3.

Lata culpa duplex est, alia dolo proxima, alia, quę ex supina, & crassa ignorātia procedit. n. 4

Lata culpa dolo proxima, qua sit. n. 5.

Lata culpa ex ignoratione, qua sit. n. 6.

Leuis culpa quid. n. 7.

Nulla constituenda differentia inter diligentē

& diligentissimum patremfam. & consequenter nulla leuissima culpa est. num. 8.
In commodato diligens custodia prastanda. n. 9.
Pignori, qui rem accipit, tenetur diligentem prestare custodiam, prout & commodatarius. num. 11.
Venditor, & ipse eam diligentiam prestat, quam commodatarius, nempè ad diligentem custodiam tenetur. n. 12.
A commodatario exacta custodia, à conductore exactissima desideratur. n. 13.
Negotiorum gestor latam, & leuem culpam prestat. n. 14.
Dicitur tamen omnem diligentiam prastare, sicuti, & venditor. n. 15.
Procurator omnem culpā prestare dicitur. n. 16.
In l. Aquilia prestatur ea diligentia, quam diligens adhiberet. n. 17.
L. Aquilia non tenetur quis, si nulla culpa possit ei imputari. n. 18.
Negotiorum gestor exactissimam prastat diligentiam. n. 19.
Diligens est, qui frugi est. n. 20.
Leuissimę culpa mentio habetur in l. in lege 44. ff. ad l. Aquil. n. 21.
Sed nihil aliud est, quàm leuis. n. 22.
Explicatur l. 5. §. nunc videndum. ff. commod. n. 23.
In societate sola lata culpa prestatur. n. 24.
In re communi sola lata culpa prestatur. n. 25.
Diligentia dicitur ad differentiam culpa latę. n. 26.
Maritus in rebus dotalibus culpam prastat. n. 27.
Qui diligentiam prastat, vltrà non tenetur, quia casus imputandum, si quid accidat. n. 28.
Casus in re aliena non prastatur. n. 29.
Explicatur l. cum res §. pen. ff. de leg. 1. n. 30.
In legato leuis culpa prestatur. n. 31.
Explicatur l. in rebus in princ. ff. commod. n. 32.

1 Videtur † Doctorum cõmunis sententia esse, cum quæritur, quę nam culpa in contractibus prę standa sit; distinguendum; vtrum contractus solius dantis causa sit celebratus, an vtriusque contrahentis causa, an tandem sit celebratus in gratiam solius accipientis: Vt primo casu teneatur accipiens duntaxat de dolo; Secundo casu teneatur de dolo, culpa lata, & leui, id est teneatur eam præstare diligentiā, quam quilibet diligēs paterfam. pręstaret. Vltimo tandē casu non solùm leuem debeat culpam, sed teneatur diligentiam illam prestare, quam nō solùm diligens, sed diligentissimus paterfam. adhiberet, & in suis rebus adhibet, ita vt de leuissima cul-
2 pa teneatur. Qua † recepta distinctione, dubitari maxime potest de eo, quod tradit Iustin. *in d. §. pen. inst. tit. de locat. & cond.* nempè conductorem, talem custodiam præstare oportere, qualē diligentissimus paterfam. suis rebus adhibet. Videbatur enim potius dicendū sufficere, si eam diligentiam præstaret, qualem diligens paterfam., neque exactissima diligentia erat desideranda, cum nullus dubitet, contractum locationis, conductionis in vtriusque contrahentis gratiam, & ad vtriusq; vtilitatem celebrari.

Vt intelligamus quomodo accipiendū sit, quod *in eo §.* docet Iust. necesse est, sciamus quotuplex sit culpa, cuius nomine accipiens in contractibus obligatur. De dolo nihil dicemus, satis enim quisque intelligit, quid dolus sit, & circa dolū nulla est apud Doctores controuersia.

3 Culpa † igitur (mea quidem sententia) duplex est, alia lata, alia leuis.

4 Lata † iterum duplex, alia, quæ dolo proxima est, alia quæ ex supina, & crassa ignoratione prouenit.

5 Lata † culpa, quæ dolo proxima est, tenetur ille, qui scit, & negligit, negligentia enim scientiam supponit, de qua loquitur Iuris Cons. *in l. magna 226. ff. de verb. signif.* vbi dicit magnam negligentiam, culpam esse, magnam culpam esse dolum. Hac negligentia tenetur is, qui eam diligentiam in rebus alienis non adhibet, quam in suis solet, fraude enim non caret, qui plus res alienas negligit, quàm proprias *l. quod Nerua. ff. depos.*

6 Lata † culpa, quę ex ignoratione prouenit, nihilque doli habet admixtum, is tenetur, qui ideo negligit, quòd non intelligit, & adeò negligit, vt non intelligat, quod omnes intelligunt *l. cedere diem §. fin. l. latę in princ. ff. de verb. signif.* quæ culpa, cum ex imperitia, ignorantia, rusticitate proueniat, non rectè dolo comparabitur.

Leuis

7 Leuis † culpa est media inter latam culpam, & diligentiam, & est consueta in rebus suis diligentia, vel negligentia, vt probatur *ex l. mulier 12. §. sed enim ff. ad Sen. Cons. Trebell.* in illis verbis *de leui culpa, idest rebus suis consueta negligentia*. Si enim quis in rebus suis sit negligens, eamdemq; negligentiam, quam in suis adhibet, in alienis exercet, de leui culpa tenetur: dummodò scilicet non ità in suis negligens sit, vt ea faciat, quæ nullus faceret, & ea non intelligat, quæ omnes intelligunt; hoc enim casu esset in lata culpa, vt probatum est. Cęterùm circà hunc gradum negligentiæ, si negligens sit debitor, eaque non faciat, quæ diligens solet etiam in suis, si eadem negligentia tractet aliena, in leui culpa dicitur. Ergo leuis culpa est inter latam culpam, & diligentiam media, ita vt, qui non ad modum diligentis patrisfam. diligens est, nec tamen adeò negligens, adeò ignarus, adeò supinus, vt ea faciat, quæ nullus faceret, & ea non intelligat, quæ omnes intelligunt: Iste, si in suis rebus in hoc gradu negligens sit, & eadem negligentia gerat aliena, in leui culpa est: Quòd si diligens sit, & ea præuideat, quę diligens quisq; præuideret, licèt res pereat, non tenetur. Interitus enim casui fortuito imputatur, nec culpa tribui potest ei, qui
8 omnino diligenter egit: Ita vt † nulla adhibenda sit distinctio inter diligentem, & diligentissimum patremfam, & per consequens, nulla etiam alia culpę species, possit effingi.

Difficultas est in hoc probando, nullam constitui differentiam inter diligentem, & diligentissimum patremfam. hoc enim probato, consequens est, nullam esse culpam leuissimã, quę à leui differat.

9 Id verò † probatur: primò *ex l. in rebus ff. commod.* Vbi dicitur in commodato eam diligentiam pręstandam, quam diligentissimus quisque paterfam. in rebus suis adhiberet: At in eadem re commodata nihil amplius exigitur, quam diligens custodia *l. 5. §. custodiam ff. eod. §. item is cui inst. tit. quibus modis re contrah. oblig.* quę eadem in pignore exigitur *§. fin. inst. tit. eadem* ergò diligens, à diligentissimo non differt, sed in iure nostro confunditur.

Secundò omnes interpretes fatentur in contractibus, in gratiã vtriusq; contrahentis celebratis, solam leuem culpam pręstandã, & eam diligentiam, quam diligens paterfam. in rebus suis adhiberet:
10 At † verò in contractu locationis, & conductionis, qui sine dubio in gratiam vtriusque celebratur, requiritur ea diligentia, qua quisq; diligentissimus paterfam. res suas tractaret *§. pen. inst. de locat.* ergò illa eadem diligentia, quam diligens adhibet in rebus suis, illa ipsa est, qua diligentissimus quisque res suas tractat.

11 Tertiò confirmatur † *ex l. si cum venderet §. fin. ff. de Pignor. act.* vbi dicitur, eam diligentiam exigi in creditore, quo ad rẽ pignori datã, quę in cõmodato exigitur, qua admissa, de casu creditor nõ tenetur, indè infertur *in l. seq.* ea exigi à creditore quæ à diligenti patrefam. in rebus suis pręstantur: Ergo etiam commodatarius, quem maxime omnium potest dubitari, teneri vltra alios ad summam, & exactissimam diligentiam pręstandam, vt potè cuius solius gratia res commodatur, satis tamen facit, si eam diligentiam adhibeat, quam solet diligens quisque in rebus suis.

12 Simile † argumentum est *ex l. 3. ff. de peric. & comm. rei. vend.* vbi à venditore, eadem exigitur diligentia, quæ in re commodata, deinde additur, id pręstare eum debere, quod diligens solet: idemque habetur *in l. quod sapè §. si res ff. de contrah. empt.*

13 Quintò confirmatur, quoniam à commodatario (à quo, vt diximus omnium maximè summa diligentia exigenda esset) exacta duntaxat diligentia desideratur *§. item is, cui inst. quibus mod. re contrah. oblig.* à conductore exactissima *l. si verò §. qui colonum. ff. locat. adde l. si merces §. qui columnam ff. cod. tit.*

Sextò optimũ argumentum est, quòd
14 † negociorum gestor, qui tantum latam, & leuem culpam pręstat *l. Tutors 20.*
15 *C. de neg. gest.* Item † & venditor *d. l. 3. ff. de peric. & comm. rei vend.* dicuntur omnem diligentiam pręstare *l. si mater 24. C. de Vsur. & l. Emptor 35. in princ.*

16 *ff. de damn. inf.* Sicuti † eo sensu omnē culpam præstare dicitur procurator *l. à*
17 *Procuratore* 13. *C. mand.* Et † simile est, quòd in l. Aquilia pręstatur ea diligentia, quam diligens quilibet adhiberet *l. pu-*
18 *tator* §. 1. *ff. ad l. Aquil.* & tamen † ità demum dicitur non teneri, qui damnum dedit, si nulla culpa eius inueniatur §. *at ne is quidem inst. tit de l. Aquil.* ergo qui diligentem se exhibet in rebus alienis, de nulla culpa potest accusari, ergo nulla alia culpa est supra leuem, alioquin is, qui diligens duntaxat fuit, non diligentissimus, de leuissima culpa teneretur iuxta communem Doctorum sententiam.

Septimò probatur *ex l. contractus* 23. *ff. de reg. iur. & ex l.* 5. §. *nunc videndum ff. commod.* quibus in locis, cum agatur ex professo de hac re, & regula tradatur, quibus in contractibus, quænam culpa præstetur, nec vllum quidem verbum de culpa leuissima, nèc vlla inter diligentē, & diligentissimum patremfam. distinctio: & tamen, si quæ esset, ibi fuisset tradenda. Confirmatur quia *in d. l. contractus* dicitur in mandato commodato, vendito, pignore, & dolum, & culpam pręstari, & nè intelligeremus solā latam culpam in his contractibus præstandam, additur *in his quidem, & diligentiam*, quæ verba ad omnes pariter contractus paulò antè enumeratos referuntur: ergo eadem diligentia exigitur in commodato, quæ in pignore, vendito, & cæteris contractibus, licèt commodatū solius accipientis gratia soleat celebrari, reliqui contractus in gratiam vtriusque.

Octauò à negociorum gestore, lata, & leuis culpa præstatur, vt dicebamus
19 *ex d. l. Tutore C. de neg. gest.* Et † tamen exactissimam diligentiam exigit Iustin. *in* §. 1. *inst. tit. de oblig. qua quasi ex contract.*

20 Nonò me maximè mouet, quòd † diligens paterfam. idem, & frugi est *l. si vendita ff. de peric. & commod. rei vend.* qui omnia fructuosè, & recte agit; si ergo diligens omnia facit rectè, quid plus præstare poterit diligentissimus, & quinam quæsò terminus est diligentis patrisf. fam. à quo ad diligentissimum transire possimus? Profectò Interpretes nostri, qui diligentis, & diligentissimi distinctionem admittunt, diù laborarent in hoc termino constituendo, & tandem nihil agerent. Quod sępè in iure nostro eis contingit, qui plura considerant in abstracto, omnia autem in iure nostro, quod hominum negocijs dirimendis constitutum est, in concreto sunt consideranda, & ad factum reducenda.

Verùm, cum non sine ratione, in eam cōmunem sententiamDoctores nostri fuerint adducti; valida sunt argumēta, ex quibus probatur distinctionem illam diligentis, & diligentissimi patrisf. fam. esse admittendam, & inter leuem, & leuissimam culpam, differentiam constituendam, ad quæ fateor, difficile esse respondere: Videamus tamen, an aliquo modo possint resolui.

21 Primo † igitur obijcitur nobis *l. in lege* 44. *ff. ad l. Aquil.* vbi mētio habetur expressa leuissimæ culpę: dicitur enim ibi in l. Aquilia leuissimam culpam præstari. Fa-
22 cilis est † responsio: sicuti enim cum diligentissimo diligens confunditur, ità & ibi leuissima accipitur culpa pro leui, nec vlla inter leuem, & leuissimam constituitur differentia; quod comprobatur *ex l. putator* §. 1. *ff. eod.* Vbi dicitur culpam, propter quam quis tenetur ex l. Aquil. eam esse, si quis non præuideat, quę diligens paterfam. præuideret, quę culpa non alia est, quàm leuis.

Secundò † obstat *l.* 5. §. *nunc viden-*
23 *dum ff. commod.* vbi cum dictum esset in deposito dolum præstari, additur in alijs contractibus, qui in gratiam vtriusque celebrantur, & in quibus vtilitas vtriusque versatur, pręstari dolum, & culpam; tandem, quia commodatum solet, solius accipientis causa dari, concluditur, & culpam, & diligentiā in commodato pręstandam. Vndè intelligimus separari commodatum à reliquis, in quibus vtriusque vtilitas versatur, vt scilicet non solùm dolus, & culpa in hoc præstetur, sed & pręterea diligentia; Cum verò certissimum sit, in illis contractibus in gratiam vtriusque celebratis, præstari latam, & leuem culpam, fatendum est in commodato præterea diligentiam pręstandam, id est culpam leuissimam: Respon-

deo olim

deo olim inter I. Consultos maximè fuisse controuersum, quid in quoque contractu præstandum esset; Videmus enim in societate, quæ vtriusque contrahentis causa contrahitur, quosdam existimasse solùm dolum præstandum §. *fin. inst. tit. de societ.* Sicuti, & in commodato, quod vtriusq; gratia datum esset, solum dolum præstandum alij crediderant *l. in rebus §. hæc ita ff. commod.* sed tamen magis communiter placuisse I. Consultis, & tandem receptum esse, vt quia in his cõtractibus, qui solius dantis causa celebrãtur, solus dolus prestandus erat, in his qui vtriusque contrahentis causa celebrarentur, præstaretur, & dolus, & culpa vt I. Cons. refert *in d. l. 5. §. nunc videndum*. culpa scilicet lata, vt probatur ex eo, quia inter contractus, in quibus dolus, & culpa prestatur, connumerat I. Cons. *in d. §. nunc videndum* etiam so-
24 cietatem, in qua † sola lata culpa, non leuis prestatur, vt probatur *ex l. si socius socio 72. ff. pro socio, & §. fin. inst. tit. de societ.* Vbi queritur, an in societate, præstandus sit dolus duntaxat, an & culpa: respondetur culpam præstandam, sed non eam, quę ad exactissimam diligentiam sit dirigenda: sufficit enim, eam diligentiam præstare, quam solet in suis socius adhibere, ergo si in suis socius sit aliquo modo negligens, & eadem negligentia tractet res communes, non tenetur, quia non oportet eum diligentissimum esse, idest diligentem, cum nulla sit differentia inter diligentem, & diligentissimum, vt probauimus; & in proposito confirmatur *ex l. contractus 23. ff. de reg. iuris* vbi separatur societas ab his contractibus, in quibus diligentia præstatur, & dicitur in societate, & rerum communione dolum, & culpã præstari.
25 Constat † autem in cõmunione præstari solam culpam latam, idest eam diligentiam, quam solet cohęres in suis rebus, non quam adhibet diligens paterfam. *l. heredes §. non tantum ff. fam. ercisc.* ergo quę comparatio fit *in d. l. si socius* ad diligentissimũ patremfam. ea fit *in d. §. non*
25 *tantum* ad diligentem, & eadem vbiq; culpa præstanda; Itaque receptum erat apud I. Consultos, vt in contractibus, qui in vtriusque contrahentis gratiam celebrabantur, dolus, & culpa præstaretur, idque sine controuersia: Quod rursus probatur *ex d. l. contractus ff. de reg. iuris* vbi in plerisque contractibus dicit Iuris Cons. præstari dolum, & culpam; indè addit, & diligentiam præstari: nempè quia apud omnes expeditum erat culpã præstari, non sic diligentiam, idest leuem culpam (leuem enim culpam importat verbum diligentia) vt constat ex eo, quia certum est apud omnes, in contractibus suprà enumeratis, aut saltem in plerisq; ipsorum, non nisi leuem culpam
26 præstari. Diligentia † ergo dicitur ad differentiam culpæ latæ, quo eodem sẽsu accipitur diligentia *in d. l. 5. §. nunc videndum* cum, vt probauimus, culpam IurisCons. in eodem contextu intelligat latam: sicuti in simili, in pignore, inquit Iuris Cons., culpam præstari, & custodiam *l. si cum venderet §. fin. ff. de pignor. act.* idest culpam latam, & leuem, vt omnes consentiunt; Erat igitur extra controuersiam, ex his contractibus, qui celebrantur ad vtilitatem vtriusq; con-
27 trahentis, culpam præstandam, vt † intelligimus etiam *ex l. in rebus ff. de iur. dot.*, vbi dicitur, maritum culpam in rebus dotalibus præstare oportere, eaque id conuincitur ratione, quòd causa sua dotem acceperit: culpam autem intelligit Iuris Cons. latam; quod probatur nõ solùm ex eo, quia in eodem textu præter eam culpam exigit I. Cons. eam diligentiam, quam suis rebus præstare solet, & sic non simpliciter, quam diligens in suis rebus adhibet, sed et probatur *ex l. si constante § si maritus ff. solut. matrim.* vbi dicitur non plus posse vxorem à marito exigere in rebus dotalibus, quam diligentiam illam, quam maritus in proprijs rebus adhibet: Quamuis postea I. Cons. *in d. l contractus* etiam in dotis datione diligentiam exigat, nempe maximè apparet rem fuisse controuersam inter I. Consultos quid esset prestandum in contractibus ad vtriusque vtilitatem celebratis, illud erat expeditum, & dolum, & culpam præstandam; sed an diligentia, idest leuis culpa, dubitabatur, licèt postea à Triboniano fuerint, quantum

potuit

potuit, illæ controuersię resecatę, & omissę. Itaq; ad propositum nostrum I. Consf. *in d. l. 5. §. nunc videndum ff. com. mod.* vult probare in commodato leuem culpam pręstandam, quam diligentiam vocat, eo vtitur ad id probandum argumento. Certum est (inquit) in his contractibus, qui celebrantur in gratiam vtriusque contrahentis, dolum, & culpam pręstari, ergo quid plus præstandū erit in eo contractu, qui solius accipientis causa celebratur, qualis est commodatum: ergo in hoc præstanda erit diligentia; Ergo ex eo, quod est extrà controuersiam, probat I. Conf. in commodato pręstandam diligentiam, quòd eo in loco intendit; Non tamen rectè elicitur, in alijs solam latam culpam pręstari, nam id ibi non quęrit I.Conf.; duntaxat vult probare in commodato leuem culpam venire, quod, vt probet, sumit argumētum ex euidenti, & re apud omnes concessa: Si dixisset in illis contractibus, in quibus vtriusq; cōtrahentis vtilitas vertitur, præstari leuem culpam, ergo multo magis in commodato fuisset adsumptum ei à plerisque I. Consultis negatū: ergo id non disputare intendit I. C.; sed accipit, quod est apud omnes in confesso, vt concludat euidenter in commodato leuem culpam præstari: At eamdē leuem culpam, & in his pręstari, qui ad vtriusque contrahentis vtilitatem celebrantur, aut saltem in plerisque eorum alibi nobis traditur.

Dices, si in plerisq; contractibus, qui in gratiam vtriusque celebrantur, leuis culpa pręstatur, vt in illis qui enumerātur *in d. l. contractus ff. de reg. Iur.* ergo ex ratiocinatione I.Conf. *in d. l. 5. §. nunc videndum. ff. Commod.* quid amplius pręstandum erit in his, in quibus sola cernitur vtilitas ex parte accipientis: Respondeo bonam ratiocinationē futuram, si quid amplius esset, quod posset pręstari vltra culpam leuem: sed nihil am-
28 plius est, nisi casus fortuitus, vt † probatur *ex d. l. si cum venderet § fin. iuncta l. seq ff. de pignor. act.* vbi dicitur creditorem præstare custodiam, quam diligens paterfam. non vim maiorem; adhibita ergo diligenti custodia, si quid accidat, vis maior est, & casus fortuitus: alioqui monere potius debuisset Iuris Conf. creditorem, pręstita diligenti custodia, non teneri, nec diligentissimam præstare debere. Similis textus *in §. fin. inst. tit. quibus modis re contrah. oblig. iunge cum §.*
29 *item is cui inst. eodem.* Itaque † cum casus in re aliena non pręstetur *l. quę fortuitis C. de pignor. act. l. contractus in fin. ff. de reg. iur.* & casus existimetur, si quid accidat, pręstita diligentia, nihil est, quòd magis commodatarius præstare possit, quàm alij, qui ex alijs contractibus sunt obstricti.

30 Tertiò† videtur obstare *l. cum res §. pen. ff. de leg. 1.* vbi quęritur an hęres de culpa lata teneatur, an leui, an diligentiam pręstare debeat: Et cōcluditur, diligentiā eū pręstare oportere: Separatur in eo textu diligentia, à leui culpa, ergo aliud leuis culpa est, aliud diligentia, non potest autem aliud diligentia esse, quàm culpa leuissima. Respondeo in eo textu non separari leuem culpam, à diligentia, sed (quod cuique sæpè contingere solet) rursus quærere I Conf. quod semel quęsierat, fortè, vt melius quid quærendum proponebatur, intelligeretur. Cum enim quęsiuisset, an hęres teneretur de lata culpa, an etiam de leui, declarationis causa, eamdē repetit quæstionem alijs verbis, quod tamen idem significant, videlicet numquid hęres teneatur diligentiā pręstare.. Certum autem est, idem esse diligentiam præstare, & leuem culpam, vt supra probauimus. Et in proposito idem esse con-
31 firmatur, quia † certum est in re legata, non nisi leuem culpam pręstari, vt probatur *ex l. si seruus legatus 108. §. cum quid ff. de leg. 1.* vbi dicitur, si quid tibi legatum sit, vt mihi restituas, siquidem nihil pręterea ex testamento capias, dolum malum te pręstare duntaxat in eo legato exigendo; quod si aliquid, & tu capias, pręstare te etiam culpam oportere, sicuti contingit in contractibus bonæ fidei, in quibus, si vtriusque contrahentis commodum vertitur, etiam culpa: sint vnius solius dolus malus tantummodo pręstatur. Si itaque eadem culpa pręstatur in re legata, quæ in contractibus, in quibus vtriusque commodum versatur, sicuti cer

ti certum est ad summum in his leuem culpam prçstari, ita, & eadem leuis prçstanda erit in re legata.

32 Quartò obstat *l. in rebus 18. in fine princ. ff. commod.* vbi dicitur in re commodata, eam diligentiam adhiberi oportere, quam diligentissimus quisque in rebus suis adhibet. Quod quidem ita demum verum asserit I. Cons. si solius accipientis gratia commodata res fit. Cçterum quærit, quid si gratia vtriusque, fortè quòd communem amicum ad cænam inuitauerit? Concludit culpam prçstandam, quç ita estimari debet, vt in rebus pignori datis, & dotalibus. Ergo separatur causa commodati, à rebus pignori datis, & dotalibus, cçterisque contractibus, in quibus vtriusque contrahentis vtilitas concurrit, & maior diligentia adhibenda est in commodato, quod fiat gratia solius accipientis, quàm in alijs contractibus, in quibus vtilitas vtriusq; versatur. Cum autem constet in illis contractibus, autem saltem in illorum plerisque culpam leuem prçstari, dicendum erit in commodato prçstandam leuissimam. Respondeo in commodato, non fuisse dubium prçstandam diligentiam, & leuem culpam, (nihil enim plus potest præstari vt diximus) quia pro certo habebatur apud Iuris Consultos in contractibus, in quibus vtriusque commodum versabatur, prçstari culpam latam scilicet. Vnde aliquid magis videbatur prçstandum in commodato, quod solius accipientis causa dabatur. Sed quia dubium fuit, an in his contractibus, qui vtriusque causa celebrantur, leuis culpa prçstaretur, quod Iuris Consul. firmauit in commodato tanquam certum, non ausus est statuere in eo commodato, quod vtriusque causa datum esset. Cum enim in isto, eadem ratio esset, quç in alijs contractibus, in quibus vtriusque contrahentis vtilitas vertitur, dixit idem seruandum in isto, quod in illis: Cçterum, quia, vt diximus, illç controuersiç à Triboniano sunt resecatç, docemur ex alijs locis, etiam in plerisque contractibus, in quibus vtriusque contrahentis vtilitas versatur, leuem culpam prçstandam, eadem ergo leuis prçstanda erit in commodato vtriusque causa dato; de hoc tamen noluit Iuris Cons. eo in loco disputare.

33 Ex † his intelligimus, quomodo procedat textus *in §. penult. inst. tit. de locat. & conduct.* nempè ibi exigitur, conductorem, eam custodiam prçstare, quam diligentissimus paterfam.; quia de leui culpa tenetur, & nihil interest, vtrum ea diligentia exigatur, quam solet in suis rebus adhibere diligentissimus paterfam. an ea, quam diligens; nulla enim in proposito nostro inter diligentem, & diligentissimum, constituenda est differentia.

De sententia, & ratione l. 1. ff. per seruum ff. de successor. edicto. Cap. XLVI.

SVMMARIVM.

HÆreditas ab eo adiri debet, qui est institutus. n. 1.

Seruus potest, iubente Domino, nolle adire. n. 2.

Prçter, quos hçredes facere non potest, facit bonorum possessores. n. 3.

Si bonorum possessio seruo sit delata, & interim ad plures dominos peruenerit, eam seruus agnoscens, nouissimo domino acquirit. n. 4.

Pater non potest bonor. possess. filio delatam repudiare. n. 5.

Vnusquisque suam, non alienam bonor. possessionem repudiat. n. 6.

Dominus potest bonorum possess. per seruum delatam repudiare. n. 7.

Dominus non potest bonorum possess. seruo delatam sine eius consensu acquirere. n. 8.

Is repudiare potest, qui potest volens acquirere. n. 9.

Referuntur communes explicationes ad textum propositum. n. 10.

Et ibidem reprobantur.

Suam subjicit sententiam Author. n. 11.

Declaratur l. 2. C. de repudiand. bonor. possess. n. 12.

Filius, qui semel agnouit bonor. possess. non potest

potest pœnitentia eam agnitionem in præiudicium patris reuocare. num. 13.

1 SIcuti † hęreditas ab eo adiri debet, qui est institutus *l. qui liberis §. fin. ff. de vulg. l. 2. ff. de off. proc. Cęsar.* etiam si de seruuo agatur, ipse enim adire debet, alioqui dominus per seruũ non
2 acquirit, imò potest etiam iubente domino nolle adire *l. 3. C. de hared. inst.* Ita & bonor. possesio, ab illo debet agnosci,
3 qui est institutus: dat † enim pretor bonorum possessionem ad similitudinem hęreditatis, ita vt, quos hæredes facere non potest, faciat bonorum possessores *§. quos autem. inst. tit. de bonor. possess.*

Hac ratione hæret delata bonorum possessio personę serui, antequam agnita sit, ita vt nullum interim ius domino ac-
4 quiratur. Vnde † si dum delata est bonorum possessio, seruus ad plures dominos transierit, nouissimo acquiritur bonorum possessio, ei scilicet, cuius in dominio tempore agnitionis, seruus reperitur *l. 2. §. fin. ff. de bon. poss. 2. tab.* Hinc
5 † fit, non posse patrem, bonorum possessionem filio delatam, repudiare *l. 2. C.*
6 *de repud. bonor. possess.* Videlicet, † quia vnusquisque suam, & delatam sibi bonorum possessionem repudiare potest, non alienam *l. 1. §. vnusquisque. ff. de success. edict.*

7 Negocium † itaque facit *l. 1. §. per seruum. ff. eod. tit. de succ. edict.* vbi dicitur per seruum, delatam bonorum possessionem, posse dominum repudiare: Cum
8 enim † dominus bonorum possessionem per seruum delatam non possit sine seruo, & eius consensu acquirere *l. seruo inuito. ff. ad Sen. Consf. Trebell.* nec poterit sine serui consensu repudiare. Nam
9 † is repudiare potest, qui potest volens acquirere *l. is potest. ff. de acq. hared.* Et verò pater, vt dicebamus, non potest per filium delatam bonorum possessionẽ repudiare *d. l. 2. C. de repud. bon. poss.* Qua igitur ratione poterit dominus delatam per seruum bonorum possessionem abijcere?

10 Doctissimus † Bellonus *de Iure accresc. cap. 7. quæst. 43. num. 61. & seq.* communem refert Doctorum responsionem, eaq; confutata, in illa residet sententia, vt textus ille *in d. §. per seruum* sit intelligendus de bonorum possessione delata ipsi domino, quam dominus per seruum potest repudiare, ita vt verba illa *per seruũ* nō sint referenda ad verbũ *delatã*, sed ad verbũ *repudiare*. Verùm repugnãt huic interpretationi ipsa verba, & verborũ series: quoties enim idẽ verbum ad diuersa relatũ, multiplices sensus, & varios efficere potest, semper refertur ad proximum, & ita obseruant, qui benè loquuntur, quales sunt, & esse debent Iuris Consulti: Præterea agitur ibi in antecedentibus, & sequ. non de his, qui propriam per se, vel per alios repudiant bonorũm possessionem, sed qui repudiant alienam. Vnde credendum est, & *in d. §. per seruum* eum casum proposuisse Iuris Cons. in quo dominus alienam, id est seruo delatam bonorũ possessionem repudiet.

11 Itaque † ego potius ita textum intelligerem, vt possit dominus repudiare bonorum possessionem delatam per seruũ, non autem possit repudiare bonorum possessionem delatam seruo. Non sunt hæc confundenda, sed distinguenda. Tunc autem dico bonorum possessionem esse delatam per seruum, quando ipse seruus, cui erat delata, illam agnouit, hoc enim casu per seruum dici potest domino delata, cum eam acquirere, sit in potestate domini, si velit agnitionẽ serui ratã habere: vnde & poterit eam repudiare *ex l. is potest. ff. de acqu. hared.* nam nullum amplius serui factum requiritur. Ab initio necessarius est consensus serui, qui est institutus, vt velit agnoscere bonorum possessionem, sicuti necessarius est consensus eiusdem, vt velit hæreditatem sibi delatam adire, sed si semel seruus bonorum possessionem petierit, iam nihil amplius à seruo exigitur, sed cum bonorum possessio à prætore concessa sit Iuris, *l. 3. ff. de bonor. poss.* cuius incapax est seruus, superest inspiciendum, an ius illud velit dominus acquirere, in cuius potestate, cum sit, si velit acquirere, consequens est, in eiusdem potestate etiam esse illud ius abijcere, & sic bonorum possessionem sibi delatam per seruum repudiare. Neque obstat †
12 textus

textus *in d. l. 2. C. de rep. bon. poss.* nam animaduertendum est, verissimum esse, quod ibi dicitur filio delatam bonorum possessionem, non posse patrem repudiare, sicuti, & verissimum est, non posse dominum, seruo delatam bonorum possessionem, abijcere. Donec bonorum possessio delata est filio, vel seruo, nec pater, nec dominus repudiare potest, delata autem filio, vel seruo tādiu est, quādiu ab hoc, vel illo agnita, petita non sit. At si semel sit petita, siue à seruo, siue à filio, iam nō amplius delata est filio, vel seruo, sed incipit per filium, vel seruum delata esse patri, vel domino, & ita potest dominus, vel pater illam repudiare, adeò vt nullus amplius consensus, nulla voluntas, vel filij, vel serui desideretur, immò,
13 nec quid possit operari. Itaque † etiam si filius nollet amplius eam bonorum possessionem acquirere, vel in rerum natura nō esset, posset tamen pater, ratā habēdo filij petitionē, bonor. possessione acquirere *l. pen. ff. rem rat. haberi*, quod idē, & de seruo dicimus. Nam postquam isti prǽstiterunt consensum, qui ab illis desiderabatur, & semel concessa est bonorum possessio, cum agatur de iure non ipsis acquirendo, qui incapaces sunt, sed patri, vel domino, non amplius attenditur persona filij, vel serui, sed persona patris, vel domini eiusque consensus inspicitur, qui sicut potest volens acquirere, ita nihil prohibet, quo minus possit volens repudiare.

Explicatur l. prima. ff. de acceptilationibus Cap. XLVII.

SVMMARIVM.

Proponitur acceptilationis definitio. n. 1.
In acceptilatione vnius duntaxat requiritur interrogatio. n. 2.
Acceptilatio, verbor. obligationem tollit. n. 3.
In obligatione verborum, vnus tantum obligatur. n. 4.
Explicatur l. 1. ff. de acceptilat. n. 5.
Duo rei non tantum verbis, sed & cæteris contractibus, immo, & testamento constituuntur. n. 6.
Ex acceptilatione vni reo facta, omnes liberantur. n. 7.
Omnis obligatio per acceptilationem tollitur, translata prius illa obligatione in obligationem verborum per formulam Aquilianam. n. 8.
Quomodo intelligendum, prædonem neminem esse, qui pretium numerauit. n. 9.
Petitio hæreditatis non datur aduersus titulo possidentes. n. 10.
Nicolaus Bonaparte Miniatensis maximus Iuris Consul. laudatur. n. 11.
Marcus Aurelius Galuanus Ferrariensis Vir doctissimus, & Iuris Cons. peritissimus, laudatissimus. n. 12.

1 Acceptilatio † (inquit Modestinus) *est liberatio per mutuam interrogationem, qua vtriusque contingit ab eodem nexu absolutio.*
2 Falla† videri potest hæc Modestini definitio, cum ad acceptilationem conficiendam vna tantum interrogatio, eaque ex parte debitoris desideretur, dum scilicet debitor interrogat creditorem, an acceptum ferat, quòd ipse debet iuxta textum *in l. sanè 7. l. pars. 9. l. si is, qui Stichum 15. ff. de acceptilat.*
3 Prǽterea † acceptilatio, verborū obligationē tollit *§. item inst. tit. quibus mod. toll. oblig. l. an inutilis §. acceptū ff de acceptilat.*
4 In † obligatione autē verborū, vnū obligari, promissorem videlicet, notissimum est *ex §. fin. inst. tit. de oblig. quę ex consensu, vbi Theoph. & intelligitur ex inst. tit. de author. tut. in princ.* Itaq; fieri non potest, vt per acceptilationem vtriusq; contingat ab eodem nexu absolutio, cū enim vnus tantum sit obligatus, vnus tātum per acceptilationem liberatur.
5 Omissis † Doctorum interpretationibus, obseruandum est hanc legem desūptā esse à Modestino *lib. 2. reg.* vt ostēdit inscriptio, in quo Libro de duobus reis agebat Modestinus, vt probatur *ex l. 1. ff. de duobus reis*, quæ similiter à Modestino *lib. 2. reg.* desumpta est, in qua docet Modestinus, quis reus stipulādi, quis reus promittendi dicatur, vt intelligamus eo in libro de duobus reis tractatum instituisse.

6 Præterea † obseruandum est, duos reos non tantum verbis, sed & cæteris contractibus, immò, & testamento constitui *l. eandem 9. in princ. ff. de duob. reis*.

Finge igitur testatorem ita dixisse *Titius hæres meus, aut Manius hæres meus decem Seio dato*, quo casu duo rei debendi, constitui hæredes illi dicuntur *l. si ex toto §. 1. ff. de leg. 1.* & ex testamento obligantur, cum hæreditatem adeundo, quasi contrahere videantur, & in ea consentire, quæ iussit testator, vndè quasi ex contractu obligati dicuntur *§. hæres quoque inst. tit. de oblig. quæ quasi ex contr.* Finge velle legatarium, istos per acceptilationem liberare. Cum acceptilatio ipso iure aliam, quam verborum obligationem, tollere non possit, necesse erit, vt ex testamento obligatio contracta nouetur, & in Aquilianam stipulationẽ transferatur. Indè vna interrogatio præcedat ex parte legatarij, atque ab hæredibus ita stipuletur, *quod mihi ex testamento à vobis dari oportet, dare spondetis*. & hæredes separatim dare spondeãt *§. 1. inst. tit. de duob. reis*. Atque ita testamenti obligatione, in verborum obligationem, translata, altera ex parte hæredum succedat interrogatio, vel etiam vnius hæredum, vt puta, si vnus à legatario ita stipuletur, *acceptum nè habes quod tibi debeo?* & legatarius respondeat, *acceptum hab. eo*. Nam

7 † ex hac acceptilatione, vterque hæres liberatur *l. si ex pluribus 16. ff. de duobus reis*.

8 Ita ergo re translata per acceptilationẽ, tolletur obligatio ex testamento iuxta consilium veterũ IurisConsultorũ, translata obligatione testamenti, in obligationẽ verborum per formulam Aquilianam *§. item per acceptilationem, cum. §. seq. inst. tit. quibus mod. toll. oblig. l. & vno §. 1. ff. de acceptil.* Et huic casui, vel alij simili accomodabuntur verba Modestini *in d. l. 1.* dici enim poterit acceptilatio, liberatio per mutuã interrogationem, cum ad hanc acceptilationem necessaria fuerit primùm legatarij interrogatio iuxta supradicta, inde, & interrogatio hæredum, vel eorum vnius; quibus interrogationibus propositis vtriusque contingit ab eodem nexu absolutio, duo enim rei eadem obligatione in solidum teneri dicuntur, & vna res inter eos verti dicitur, adeò vt vno liberato, necesse sit, & alterum liberari *l. 2. & 3. ff. de duobus reis, §. ex huiusmodi inst. tit. de duobus reis*.

Ergò potius ad regulã, quam ad definitionem attinet, quod traditur à Modestino *in d. l. 1.* Ac proinde aliquatenus culpandus videtur Tribonianus, qui in exordio tituli de acceptilationibus, non generalem definitionem acceptilationis, sed regulam, vel propositionẽ duobus tantum reis conuenientem attulerit, sed non vno in loco similes iuris regulæ nobis traduntur. Nos verò memores esse oportet, retinendas istas intra suos cancellos, non vt ex regula generaliter ius sumamus, sed vt regulam restringamus ad ius, ex quo regula sumpta est *iuxta l. 1. ff. de reg. iuris*. Nõ autem melius intelligere possumus, vnde regula sit desumpta, ac proinde, qua mente, quo sensu quid dictũ sit, quã ex legum inscri-

9 ptione. Exemplũ sit † quod in *l. nemo prædo ff. de reg. iur.* tradit Vlpianus, prædonẽ neminem esse, qui pretiũ numerauerit, quod tamen falsũm videri potest, cũ prædo sit etiam, qui propria authoritate rem uenditam occupauerit, licèt pretium numerauerit. *l. si ex stipulatione ff. de reg. Iuris.* nempè hæ duæ leges ex inscriptione rectè conciliantur *l. nemo prædo ff. de regulis iuris* desumpta est ex Vlp. *lib. 15. ad edictum:* eo in loco agebat Vlpianus de

10 petitione hæreditatis, quæ † cum non detur, nisi aduersus eos, qui titulo non possident. *l. regulariter cum seq. ff. de petit. hæred.* non poterit dari aduersus eum, qui pretium numerauerit; Itaque in proposito petitionis hæreditatis, nemo prædo est, qui pretium numerauit, in hoc proposito id dixit Vlpianus *lib. 15. ad edictũ*, vt constat ex *l. nec vllam 13. §. si quis sciens ff. de petit. hæred.* quæ est inscripta Vlpianus *lib. 15 ad edictum*, ex quo *§. si quis sciens* desumpta est *d. l. nemo prædo, ff. de reg. Iur.* Itaq; regula hæc restringenda est ad petitionẽ hæreditatis. Cæterum generaliter, & in vniuersum, verũ est prædonis loco haberi eum, qui propria authoritate, etiã rem sibi debitam occupauerit *d. l. si ex stipulatione l. extat ff. quod met. causa.* Inter-

11 Interpretationem † *l. huius prima .ff de acceptil.* prout supra hic iacet, habui à præceptore meo Nicolao Bonaparte Miniatensi singularis doctrinæ viro, I.Cons. subtilissimo, à viris doctis laudatissimo.

Hic fuit, qui primus in hac vniuersitate Pisana, Iacobi Cuiacij viri doctissimi cómentaria admiratus, his vti præcipuè cœpit. Viderant, & ante eum alij, sed longè diuersis regulis, & documentis instituti, doctrinæ puritatem non gustarant. Ille cum adhuc in scolis addisceret, legerat in quibusdam iuris nostri Codicibus, glossulas quasdam desumptas ex obseruationibus Cuiacij (in his (vt maximi erat ingenij) aliquid elegantioris animaduerterat, maximo flagrauerat desiderio, has obseruationes habendi. Cum postea ad lecturã Institutionum in hoc ipso Gymnasio fuisset vocatus, nescio, quo fato, libros quosdam supra aliorum ordinem in tarberna quadam libraria multo confectos puluere intuitus, reperit opera esse Iacobi Cuiacij: maxima commotus lętitia, statim conuenit de pretio: inde veluti diuinũ suspiciens opus, semper præ manibus habuit: Cuiacium amicis iuris studiosis proposuit legendum, commendare, celebrare non destitit, donec apud omnes maxima esse in veneratione, obtinuit: Difficile sanè id ei fuit persuadere, cum multos haberet contradictores, qui eum authorem, eique similes Duarenum, Antonium Fabrum, Donellum improbarent, despicerent: sed cum audirent omnes, quotidie nouos, singulares, peregrinos, Nicolaum promere intellectus, in eã tandem venerunt sententiam, bonos illos esse Iuris magistros, quibus ducibus, veras ille iuris prudentiæ semitas adeò securè percurreret. Eam igitur iuris tractandi rationem, normamq; secutus Nicolaus, nullis addictus Doctorum cómunibus opinionibus, nec in eorum dictis interpretandis, vel conciliandis laborans, veram, germanamque iuris scientiam anhelans, diligenti studio, assiduo textuum vsu, veterum I. Consultorũ responsis inhęrens, plurima obseruauit. Nihil in iure adeò reconditum dicere potuisses, quin ipse statim locum designasset: quæ apud alios singularia habebantur, huic fuerunt pertrita: In summa viros politę eruditionis in sui admiratione trahebat, adeò vt eruditissimus ille Thomas Demsterius in hoc gymnasio aliquando interpres laudatissimus, Nicolaum audire non satiaretur, quin imò huius scholam frequentare, huius lectionibus addiscendi causa interesse, asserere non fuerit dedignatus. Incredibile est quanto ipsius amore caperentur, qui illũ docẽtem audirent, quanto discendi desiderio arderent, qui illũ sequerentur; Id vnum ei obijciebatur, quòd nollet omnia docere: sed parcendum ei erat, si quę singularia proprijs studijs obseruauerat, promere recusaret, vt qui & Typis aliquando ea mandare cogitabat, & latrunculorũ quorumdam insidias fuerat expertus, qui cũ instructuolas Nicolai subtilitates (vt ipsi vocabant) damnare non cessarent, si quę clanculum inuestigabant, poterant furari, impudentissimè sua facere non dubitabant.

12 Nouissimum † habuit Nicolaus collegam, & in circularibus disputationibus contradictorem Marcũ Aurelium Galuanum Ferrariensem virum doctissimũ, eruditissimũ in Patauina Vniuersitate è prima sede nunc iuris ciuilis interpretẽ meritissimũ, antiquitatũ Romanarũ, pręcipuè ad Iurisprudentiam peritissimum. Cum & hic eadem iuris tractandi ratione, vera puræ, & germanæ iuris prudentiæ, & magis condita scrutaretur arcana, quàm pulchræ & pertinentes in Circularibus congressibus à iuris Consultissimis difficultates excitatę, ex veris iuris principijs resolui audiebantur? Dissentiebant interdum viri Doctissimi in conclusionibus iuris, sed animis maximè erant coniuncti, vt qui virtute non solùm, sed & humanitate concertarent, se se maximè amarent inuicem, & obseruarent: Galuani discessum adhuc luget Pisanũ Gymnasium. Nicolai memoriam ęternum debebit recolere, quo authore primùm barbaries depulsa est: Ego verò Nicolaum semper laudabo, prædicabo, quodcunque in iuris prudentia profecero, à Nicolao vnico pręceptore meo dilectissimo acceptum feram.

De ratione l. quoties 9. §. tantundem ff. de hæred. instit. Cap. XLVIII.

SVMMARIVM.

Proponitur quæstio, & decisio, de qua in d. §. tantundem. n. 1.

Dubitatur aduersus eam decisionem. num. 2.

Resoluitur difficultas ex sententia Clarissimi Viri Nicolai Bona parte. n. 3.

Plus est scribere hæredem purè, quàm sub conditione. num. 4.

Explicatur §. sed si non in corpore. num. 5.

1 QVidam † cum scriberet testamentum, & eo animo esset, vt conditionalem efficeret institutionem, conditionem per errorem omisit, vel cum testamentum dictaret, vitio scriptoris, conditio à testatore expressa, omissa est. Quærit Vlpianus *in. d. §. tantundem.* an valeat institutio? Et ex sententia Marcelli respondet pro instituto illum habendum non esse, cuius institutioni volebat testator conditionem inserere, eaque per errorem omissa

2 est. De † quo tamen responso maximè potest dubitari; videmus enim valere in semisse institutionem, si testator semissem dictauerit, & quadrans hæredi sit adscriptus *d. l. quoties. §. sed si non in corpore ff. eod. tit. de hæred. inst.* vbi ea redditur ratio, quòd eo colore in semisse valeat institutio, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum. Cur ergò similiter non valebit institutio eo casu, si testator dictauerit hæredem Titium e. g. sub conditione, & is purè scriptus sit, omissa conditione, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum. Verè enim plus dictatum est, quàm scriptum fuerit, conditio enim, quæ & ipsa dictata fuerat, non est scripta.

3 Huic † difficultati subtiliter respondebat præceptor meus in præcedenti capite laudatus, animaduertendum esse, tunc suppleri in testamento, quod omissum est, quando plus dictum est, & minus est scriptum *l. errore C. de test.* quod quidem Imperatorum rescriptis factum est *d. §. tantundem l. vnum ex familia §. pen. ff. de l. g. 2.*

At in casu *d. l. quoties. §. tantundem* quando cōditio est omissa, minus dictum

4 est, plus scriptum. Plus † enim est scribere hęredem purè, quàm sub conditione *l. si solum. l. si ita scriptum 67. ff. de hæred. inst. l. grecè §. illud. ff. de fideiussor.* Ideo hic casus non continetur sub regula prædicta, quæ locum habet, quando plus dictum est, minus est scriptum, non autem è conuerso quando minus est dictum, & plus scriptum est. Quod confirmatur, quia si testator purè qui m dictauerit hęredem, & scriptor cōditionem adiecerit, detracta conditione, scriptus ille intelligitur. §. *tantundem:* videlicet, quia plus dictum est hęredem scilicet eum futurum purè; minus autem est scriptum,

5 dum adiecta est conditio. Idem † autem præceptor meus obseruabat *in d. §. sed si non in corpore.* dum Vlpianus tradit ex semisse hęredem fore, qui in quadrante fuerat per errorem scriptus, nisi eum authoritate Imperatorum, qui ita rescripserant. Sed quærebat, cur dicat Vlpianus eam sententiam rescriptis adiuuari generalibus? forte quòd nullum in specie illa, latum esset rescriptum? Ità esse aiebat. Rescripta enim non emanarant circa quantitatē maiorem dictatam, & minorem scriptam, sed circa institutiones, & legata: his scilicet casibus, quādo institutio, & legatum omissis aliquibus verbis diminutè scripta erant, vt colligitur *ex l. 1. circa finem ff. de hær ed. inst. l. vnum ex famil. §. pen. ff. de leg. 2. d. l. errore C. de test.* quæ quidem sicuti fuerunt ad fideicommissa extensa *l. verbum C. de fideicom.* ita & Vlpianus ad partes, hęreditatis extendi posse existimat *in d. § sed si non in corpore*, quod scilicet generalia essent rescripta, licet circa institutiones, vel legata emanata iuxta textum *in l. pen. §. fin. ff. de iuris. & fact. ignor.* Quæ quidem elegantissima est difficillimi textus, in quo frustra Anton. Faber *decad. 35. error. 9.* Doctores nostri laborant, expositio.

Ad

Ad l. Gallus. ff. de Liber. & Posth. Cap. XLIX

SVMMARIVM.

Posthumus propriè dicitur, qui post mortem patris natus est. n. 1.

Posthumi etiam dicuntur, qui post factum testamentum nascuntur. n. 2.

Posthumi aut sui sunt, aut alieni, & qui utrique sint. n. 3.

Posthumus alienus ante constitutionem Iustiniani, non poterat institui. n. 4. & ratio redditur ibidem.

Posthumus non est homo, nec animal, sed spes animantis. n. 5.

Posthumus suus, si præteritum se inueniebat, rumpebat. n. 6.

Posthumus suus, & olim institui potuit, & exhæredari. n. 7.

In suis dominium continuatur. n. 8.

Extraneus frustra exhæredatur, nec ea exhæredatio prodest, si postea idem suus fiat. n. 9.

Tribus temporibus cum hærede instituto requiritur testamenti factio. n. 10.

Institutio, quæ ab initio non valet, non potest tractu temporis conualescere. n. 11.

Gallus induxit posse posthumum nepotem institui proposita formula. n. 12.

Cur formula efficiat, nepotem posthumum institui posse, communis sententia refertur. n. 13.

Dictio tunc extremitatem temporis designat. n. 14.

Reprobatur communis sententia. n. 15.

Vera ex sententia authoris adfertur ratio, cur posthumus iuxta formulam Galli rectè sit institutus. n. 16.

Resoluuntur ea, quæ videbãtur suadere, posthumum nepotem institui non posse. n. 17.

Is, qui in utero est, pro nato habetur, quomodo intelligatur. num. 18.

Quædam aduersus Gallum, Galliique formulã obijciuntur, & resoluuntur. n. 19. & seq.

Posthumus alienus olim de iure prætorio poterat institui. n. 20.

Inducta ad unum finem, non debent contrarium operari. n. 21.

Potest quis institui in tempus, quo capere poterit, quomodo intelligatur. n. 22.

Quæ deficiebant post factum testamentum, erant in causa caduci. n. 23.

Lex Papia liberis, & parentibus, ius antiquum reseruauerat. n. 24.

Cur non potuerit sufficere substitutio vulgaris, ne posthumus nepos rumperet, cum scilicet, substituendo filio. num. 25. & sequ.

Refertur opinio Fabri, qui alios, alias rationes, adferentes, reprobauit. n. 26.

Reprobatur. n. 27.

Hæreditate semel acquisita, expirat vulgaris substitutio. n. 28.

Consilium Galli in 1° præcipuè fuit prospicere, ne posthumus nepos agnatione rumperet. n. 29.

Testamentum corruit, ex quo nemo hæres extitit. n. 30.

Quod nullum est, non infirmatur. n. 31.

Nepos posthumus iuxta formulam Galli institutus est, non substitutus, ita ut nec substitutus esse possit, quin rumpat. n. 32.

Explicatur l. cum in testamento. 37. ff. de Hæred. inst. n. 33.

Regulariter conditio adiecta institutio, non intelligitur in substitutione repetita. n. 34.

Author rationem adfert, cur nepos posthumus necessariò debeat esse institutus, non substitutus. n. 35.

In rumpendo posthumus non differt à nato, si modo nascatur. n. 36.

Natus inualidat primum gradum, a quo est præteritus, licet in secundo sit institutus. num. 37.

Item, & posthumus. n. 38.

Patronus non est necessariò instituendus. n. 39.

Rectè testatur libertus, qui patronum instituit in parte debita, & ei si patronus se viuo decedat, filium patroni substituit. n. 40.

Secundum formulam Galli, necessarium est, filium aliqua ex parte institutum. n. 41.

Rationem reddit Author, cur non possit filius, etiam datis ei cohæredibus, exhæredari nepote posthumo iuxta formulam Galli instituto. n. 42.

Exhæredatio, ut valida sit, ab omnibus hæredibus facienda. n. 43.

Cur Gallus non occurrit, quomodo nepos posthumus possit exhæredari, rationem reddit Author. n. 44. & seq.

Refertur opinio Cuiacij. n. 45.

Reprobatur. n. 46.

Exhæredatio fieri nõ potest sub cõditione. n. 47.

Posthumus

Posthumus sub conditione rectè exhæredatur. n 48.

LEX Ista, vt omnium difficillima, ita ab omnibus viris, etiam Doctissimis diligentissimo studio explicata, iam ferè intelligitur. Supersunt tamen adhuc aliqua, quę difficultate non carent. Ego (quòd ab illis Doctissimis factum non est) hæc illustrare non pręsumo, sed quædam pauca adferre, quæ *in hanc l.* obseruaui, & horum occasione breuiter legem totam, ex aliorum etiam, & pręcipue eruditiorum sententia, explicare.

Ad princ. l.

Omissa multiplici posthumorũ diuisi-
1 one Ad rem nostrã, posthumus † ille proprie dicitur, qui post mortẽ patris natus est *l. 3. § 1. ff. de iniusto rupto.* quasi post hu-
2 matũ patrẽ natus Sed † tamen lege Velleia, posthumi etiam habentur, qui post testamentum factum viuo patre nascuntur, vel viuo eo, de cuius hęreditate agitur *d. l. 3. §. 1. l. posthumum ff. eod. tit. de iniusto rupto. & l. hac nostra.*

3 Posthumi † autem isti, siuè mortuo eo, de cuius hæreditate agitur, siuè eo viuo nascantur, vel sui sunt, vel alieni. Sui, si nati inter suos hæredes testatori sint. Alieni è contrà, si inter suos hęredes nõ sint. Nã ita posthumus alienus definitur à Iustiniano, vt ille sit, qui natus inter suos hæres testatori futurus non est §. *postumo inst. tit. de leg.* Vndè intelligimus suum esse, qui inter suos hæredes futurus est: Cognito enim vno ex contrarijs, cognoscitur & alterum. *inst. tit. de his, qui sui, vel alien. iur. in princ.* & probatur *ex §. penul. instit. tit. de tutelis.*

4 Posthumus † alienus ante Iustiniani constitutionem iure ciuili non poterat institui *§. posthumo inst. tit. de leg.* probatur apertissimè *ex inst. tit. de bon. poss. in princ. & ex l. hac nostra §. ille casus* Quod ea ratione fuerat inductum, quòd (vt inquit Theophilus *in §. posthumo in tit. de leg.*) posthumus incertis personis similis sit, nempè quia interim dum in vtero
5 est, persona nõ est, sicut † nec homo *l. 9 ff. ad l. falcid.* nec animal: sed spes animantis *l. 2. ff. de mortuo infer.* Incertum quid tamen est: nam ignoratur, an sit nasciturus, vel non, an vnus, an plures, an masculus, an fęmina. Cum autem interpretatione Prudentum (neque enim ll. 12. tabularum id factum est, quibus imò latissima potestas cuiq; de rebus suis disponendi data est *l. verbis legis ff. de verb. sign.*) inductum esset, vt incertis personis relinqui quid testamento non posset, ea ratione, quia nec certum iudicium esset, certumque consilium testatoris, qui incertis personis relinquebat, vt defectu voluntatis dispositio non valeret, pro vt latius explicauimus supra cap. 10. id fuit, & ad posthumos productum, quòd & incertæ personæ, & isti videri possint, vt diximus: sed ad posthumos alienos tantùm, non suos. Nam
6 quoniam † suus posthumus qui agnascẽdo, se se non reperiebat institutum, vel exhæredatum, testamentum rumpebat *l. 1. l. 3. l. certum l. posthumus. ff. de iniust. rup-*
7 *pt.* receptum † fuit, non obstante incertitudinis ratione, vt posset, vel institui *l. placet ff. de lib. & posth.* vel exhę redari, ne rumperet *l. 3. in princ. §. 1. & passim ff. de iniust. rupt.* & sic in suo non recesserunt veteres Prudentes à latissima ll. 12. tab. dispositione, ita suadente necessitate, vel fortè quòd in suo cessaret ratio illa incerti iudicij, quia posthumus suus nõ tàm ex iudicio testatoris illum instituentis admitti videretur, quàm legis pote-
8 state, cum † Dominus etiam esset adhuc viuente patre, ita vt potius dominium in isto continuari, quàm hęreditatem accipere videretur *l. in suis ff de lib. & posth.* nam etsi esset pręteritus, sibi legis potestate hæreditatem vindicasset.

Ex eo autem, quòd non posset alienus posthumus institui, contingebat olim ante Gallum plurima rumpi testamenta, quia scilicet is, qui tempore facti testamenti natus non erat, eo tempore testatori videri posset alienus, qui tamen postea eidem suus nasceretur. Itaque, quia alienus tempore testamenti, videbatur institui non posse; quia verò suus nascebatur, & se pręteritum reperiebat, testamentum rumpebat. Nam qua ratione existimabant I. CC. ante Gallum non posse illum tanquam alienum institui, eadem ratione credebant, nec posse exhære-

9 exhæredari. Frustra † namque exhęredatur, qui suus non est, sed extraneus *l. quidam. 132. ff. de verb. oblig.* At alienus posthumus testatori extraneus est *§. posthumo inst. tit. de leg.* ergò frustrà exhæredatur. Frustrà enim admittur hæreditas ei, cui non debetur, & qui admitti ad hęreditatem non potest: & exhęredatio ab initio nulla, non valet, si postea suus ille efficiatur, qui antea inutiliter fuit exhęredatus *l. non putauit § si quis emancipatum. ff. de bon. poss. con. tab.* Ergò cum neque institui, neque exhæredari posse crederent eum, qui tempore testamenti alienus erat posthumus, necesse erat, vt eo suo nascente, testamentum infirmaretur.

Finge. Pater filium habet. Is vxorem duxit, quæ prægnans est: Non potest pater (ex sententia scilicet veterum illorũ I. Cons.) neque instituere, neque exhęredare nepotem posthumum, cum interim alienus sit: nam si nasceretur viuo patre, non suus futurus esset, vt potè quẽ filius præcederet. Itaque facit testamentum pater, nepote posthumo pręterito. Indè decedit filius. Tandem decedit, & pater testator nōdum nato posthumo. Posteà posthumus nascitur, & quidem suus, cum iam tempore, quo nascitur, nullus eum præcedat, nec tempore mortis testatoris pręcesserit, & cum se præteritum inueniat, rumpit testamentum.

Credebant verò institui nepotẽ hunc posthumum non posse, fortè ea ratione,
10 quia † in hęredum institutione tria tempora spectantur, quibus necesse est, cum hærede instituto testamenti factionem esse *l. si alienum. §. 1. ff. de hęred. inst.* At tempore, quo conficitur testamẽtum viuo filio, nepos non habet testamenti factionẽ, cum interim posthumus sit alienus, ergo frustrà instituitur, licèt postea suus nascatur, nam tempore testamenti institui non potuit.

11 Addi, & alia ratio potest, quia † quæ institutio ab initio non valet, non potest tractu temporis conualescere *l. quę ab initio pen. ff. de reg. Iur.* Et quę non valeret, si statim facto testamento decederet testator, non conualescit, quòd diutius ipse vixerit. *l. 1. ff. de reg. Caton.* At si statim decederet testator, institutio posthumi nepotis non valeret. Quisqu s enim post mortem testatoris nasceretur, non esset ei suus futurus, cum moriente testatore filius viueret, qui ipse suus esset. Ergo quę institutio ab initio inualida fuit, non poterit conualescere, licèt postea viuo testatore filius, decesserit.

12 Gallus tamen † his rationibus non obstantibus, induxit posthumum hunc nepotem institui posse, non quidem authoritate, veterem illam regulam abrogando, qua receptum erat posthumum alienum institui non posse (neque enim poterat Gallus, qui I. Cons. & Iuris erat interpres contrà ius quid statuere) sed ostendẽdo posthumũ illũ nepotem, qui suus nasceretur, ipso iure institui posse, cum posthumus esset suus, non alienus, nec vnquàm tanquàm alienus, sed semper tanquàm suus institui posset. Id verò præstitit, formulam proponendo, quæ hæc erat.

Si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siuè quę neptis post mortẽ meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, natáue erit, hęredes sunto.

13 Communis † opinio est, cò spectare formulam Galli, vt institutio ipsa conferatur in id tempus, quo posthumus est futurus omnino suus, adeò vt non conditio sola institutioni adijciatur, ex qua institutio suspendatur, sed ipsa institutio conferatur in tempus mortis filij. Ex quo fieri volunt posthumum nepotem nunquàm institutum, nisi suum, quia scilicet tunc est institutus, quando futurus est suus. Suus verò posthumus poterat etiam tempore Galli rectè hęres institui. Vt autem in id tempus institutio conferatur, existimant fieri ex illo verbo *tunc:*
14 designat † enim temporis extremitatem *l. 4 ff. de cond. & dem.* quam communem sententiam sequitur Antonius Faber *coniect. lib. 9. cap. 1.*

15 Vt † breue faciam, mihi hæc interpretatio non placet: neque hac recepta, potest illi difficultati satisfieri, tempore facti testamenti, non esse cum illo nepote te-

te testamenti factionem. Prçterea tanto minus placet, quòd non sit illa interpretatio necessaria, vt mox ostendemus. Et tandem, quia iuxta illam, nepos, qui est institutus, illo instāti, quo filius moritur, esset institutus, dū esset alienus: à quā difficultate se Faber non potest expedire.

16 Ego † existimo, hac formula institui nepotem posthumum sub conditione, quæ quidem efficit eum institui, qui suus futurus est. At posthumi sui valebat institutio tempore Galli, ergò valere etiā oportuit huius posthumi Aquiliana formula factā institutionem. Nec vllum mysterium latere existimo in illa dictione *tunc*, quæ in dicta formula ita est accipienda, non vt tempus, sed vt casum designet. Quo sensu sæpè accipitur *l. 1. C. de procur. l. in substitutione §. 1. ff. de vulg. subst.* Itaque instituit testator nō omnem posthumum, qui post mortem suam nascetur ex filio, sed illum, qui ex filio nascetur, qui viuente adhuc testatore decesserit. Is autem posthumus, qui ita designatus est, suus est. Ergò rectè potuit institui iuxta Galli sententiam, quæ est verissima, & quam omnes Iuris Consulti receperunt.

17 Neque † obstant, quę videri poterāt, veteres illos Iuris Cons. ante Gallum in cōtrarium mouisse. Et primo tempore facti testamenti hunc nepotem suum nō esse, vt cum isto, eo tempore non sit testamenti factio. Nam (eo omisso, quòd fortè tempore Galli, ea regula nondum obtinuerat) respondeo nepotem, qui ex filio nascetur, indistinctè non posse suum dici, fieri enim potest, vt ille nascatur, qui suus non sit futurus. Sed nepotem illum, qui instituitur iuxta formulam Galli omninò suum esse, & fieri non posse, quin suus non sit. Cum ergò ille instituatur, qui omninò suus futurus est, ille instituitur, cum quo etiam testamenti facti tempore, est testamenti factio. Quod enim in rerum natura non sit, non obstat: alioqui nec filius posthu-

18 mus posset institui. Dices † posthumum istum nepotem, licèt suus sit futurus, cum nascetur, tamen interim aliquo tempore alienum esse, nempè quo tempore viuo filio in ventre est, is enim, qui in vtero est, pro nato habetur *l. qui in vtero 7. l. pen. ff. de statu hom.* Respondeo illum nondum in rerum natura esse, qui in vtero est *l. sed si plures 10. §. 1. de vulg. l. quod in rerum natura ff. de leg. 1.* Vnde licet filius esset in primo gradu, & esset prçteritus, non tamen rumperet testamentum *l. 3. §. ex his ff. de iniusto rupto*, quia interim, nec in potestate esse intelligeretur *l. fin. ff. de Collat. bonorum.* In eo autem pro nato habetur, vt ei iura in tempus natiuitatis conseruentur *l. 3. ff si pars hereditatis pet.* quod ad eius commodum spectat. Vt verò posthumus pro nato habeatur, in his, quæ nullam sibi adferunt vtilitatem, nusquàm receptum, vt omnes Doctores communiter ex vulgatis Iuris locis obseruàrunt.

Non obstat secunda ratio deducta ex reg. Catoniana, nam ea non pertinet ad institutiones conditionales, nec ad eas institutiones, & legata, quorū dies, si statim decederet testator, statim nō cederet, vt intelligitur *ex l. 1. ff. eod. tit. de reg. Caton.* Huius vero generis est ista institutio, nā cū sit facta sub conditione, si filius, decedat viuente testatore, si testator statim decederet, potius nepos nō institutus quàm inutiliter institutus appareret. Itaque quamuis etiam regula Catoniana tēpore Galli fuisset recepta, tamen ea, institutionem ex Galli consilio factam, non potuisset inualidare.

Ex his ergo constat verissimam fuisse sententiam Galli, ideò iure merito, à cæteris Iuris Conf. receptam fuisse.

19 Verū quędam adhuc aduersus Galli formulam, quis posset obijcere. Et primò inutilem fuisse formulam illam, nec debuisse illum adeò laborare in ea formu-

20 la proponenda, cum † posthumus etiā alienus, saltem de iure prætorio, institui posset §. *posthumus autem inst. tit. de leg. & filiusfam. ff. de test. l. posthumus ff. de insff. test. l. extraneo ff. de ventr. in poss. mitt. inst. tit. de bon. poss. in princ.* Itaque non poterat dubitari testamentum rumpi, si ille fuisset institutus, cum de iure prætorio institutio sustineretur. Responderi potest laborasse Gallum, vt ostenderet de iure ciuili posse posthumum nepotem institui. Forte enim illo tempore

pore nondum Pretor bonor. possess. secundum tab. dare posthumo fuerat pollicitus, quòd si, & eo tempore concessisset, tamen voluit ostendere Gallus, posse etiam id fieri de iure ciuili. Preterea considero ego tentari forte posse secundùm antiquorum sententiam eo supposito posthumum illum nepotem nō posse institui, quia alienus, testamentū omnino futurum fuisse inualidum ex agnatione posthumi, licèt esset institutus, quia scilicet esset inutiliter institutus, & sic quasi non institutus rumperet. Nec obstaret institutionem validam esse de iure pretorio. Nam pretor in fauorem posthumi induxit, bonorum possessionē ei dari, & quidem cum re, vt ipse admit-
21 teretur. Ergò † non debet id operari contrà posthumum, vt minus admittatur de iure ciuili *l. 3. §. si emancipatus ff. de bon. poss. con tab. l. legata inutiliter ff. de adim. leg.* Interest verò posthumi de iure ciuili potius ab intestato admitti, quam ex testamēto, cum solus ab intestato admittatur (si alij filij vel liberi non supersint) & nulla agnoscat onera.

22 Rursus † aduerrus Gallum quis obijciet frusta eum laboraise, cum de iure communi quisque posset institui in id tempus, quo capere posset *l. in tempus ff. de hered. inst.* ergo, & si posthumus capere ab initio non potuisset, tamen in quē casum capere posset, potuit institui: Quod quidem etiam cęteros Iuris Conf. vidisse necesse est. Respondeo eā regulam *d. l. in tempus* ad eos pertinere, qui possunt institui, sed capere non possunt, vt ostendi suprà *capite primo*. At verò posthumus alienus non poterat institui, ergò necessarium fuit Gallum ostendere, posthumum illum non esse alienum, qui ex sui consilio institueretur.

Tertiò non videtur prouisio Galli locum habere potuisse, quia † si viuo testa-
23 tore mortuus fuisset filius hereditas erat in causa caduci, ergò nō poterat dari nepoti. Antecedens probatur *ex l. vnica §. & cū triplici C. de cad. toll. Vlp. in fragm. tit. de cadu. 17.* Respondeo eā hereditatē nō posse esse in causa caduci, quia expressè, si filius moriatur, data est nepoti. Ergò cū adsit voluntas, & prouisio testatoris, cessat caducum, sicut cessabat per substitutionem *d. l. vnica in princ.* Si dati fuissent cohęredes filio, & nepos in aliqua parte, & ipse fuisset institutus, neque filio datus esset substitutus, ad summū facta est fuisset caduca pars filij pro portionibus cohæredū extraneorum, non prò
24 portione nepotis: Et † namque ius antiquum lege Papia fuerat reseruatū *l. vnica §. 1. Cod. sine cad. toll.* Preterea Gallus fuit ante l. Papiam, quę ab Augusto inducta. Ipse vero vixit tempore Iulij Cęsaris, & tempore Ciceronis. Itàque eius consilio non aduersatur.

25 Quartò † videri potest superflua formula à Gallo adinuenta, sat enim erat, si Gallus monuisset, nepotē illū posthumū filio substituendū: ità enim vtiliter posthumus fuisset institutus, cum substitutio facienda esset sub illa conditione *si filius hares non erit*, quæ cōditio nunquàm poterat impleri, nisi quo casu, filius viuo patre decedat. Sed respondeo nō potuisse veteres I.CC. intelligere, qua ratione nepos ille posthumus rectè posset institui, nisi Gallus formulā illā proposuisset. Pręterea si simpliciter nepos posthumus fuisset substitutus filio, etiam si natus esset nepos viuente auo post mortē filij, tamē substitutus fuisset; quod tamen fieri non poterat. Nam nō poterat institui, nisi posthumus, qui scilicet post mortē testatoris nasceretur, vt infrà ostēdimus, ergò quomodocūque necessaria formula fuisset.

Tandē substitutio iuxta Galli consiliū, nō potuit sufficere, vt pleriq; voluerunt, rectè; qui tamen rationē nō potuerunt assignare, vt constat ex traditis ab Antonio Fabro *coniect. lib. 9. cap. 11.* qui rationes ab alijs allatas non sine ratione reprobat. Ip-
26 se tamen probabiliorem alijs non reddit. Ideo enim substitutionem sufficere nō posse tradit, quòd vis omnis formulæ, quę efficit nepotē institui posse, posita sit in illa particula *tunc*, quę in substitutione adijci nō posset, quia efficeret immò alienum posthumum institutum, qui tunc esset institutus, si filius hæres non esset, cum eo casu conditio illa verificetur, si filius patri superuixerit, vt posset ei hæreditas deferri. Ad hoc enim, vt impleatur cōditio illa *si heres nō erit* opus est in-

stituto hæreditatem deferri. Quòd si filius viuo testatore decederet, iam non amplius tanquàm substitutus, sed tanquàm institutus nepos ille posthumus admitteretur: sed absurdum est, vt tanquàm institutus ille admittatur, qui non potuit tanquàm substitutus admitti, & vt substitutio inutilis, in vtilem euadat in-
27 stitutionem. Sed † nescio vnde eruat Faber verba illa *si hæres non erit* exigere delatam esse instituto hæreditatem. Nam ratio illa, quam Faber assignat, quia priuatio supponit habitum, si bona esset, conuinceret oportere hęreditatem non solùm delatam, sed acquisitam prius instituto, indè repudiatam, alioqui priua-
28 tus dici non posset hæreditate, qui nunquàm illam habuisset. At † semel acquisita hęreditate, expirat substitutio *l. post aditam C. de impub & alijs substit.* Et verò verba illa *si hęres non erit*, non aliud important, quàm si hęreditatem institutus non fuerit consecutus: quam æquè is non consequitur, cui nunquàm delata hæreditas est, pro vt ille, cui aliquando delata est. Immò in casu nostro, cum proponatur substitutio facta filio in potestate existenti, qui si patri superuiueret, necessariò hæres existeret, & sic substitutum excluderet ex qualitate personę, ita ea verba ex mente testatoris intelligere oportebit, si hęres esse non potuerit, & sic viuo testatore decesserit, vel Ciuis esse desierit. Quo casu rectè nepos posthumus ad hęreditatem vocatur. Plura possem aduersus Fabrum afferre, sed mei propositi est, & semper fuit in proprijs asserendis potius laborare, quam in alienis confutandis. Vt ita que veram assignare possim rationem, cur non fuerit substitutio vulgaris sufficiens iuxta Galli consilium.

29 Præmittendum est † consilium Galli fuisse, vt doceret quemadmodum nepos posset institui, qui post mortem aui suus nascetur, ad hunc precipuè effectum, vt si post mortē aui nasceretur, testamentū nō rūperet, vt intelligimus *ex hac l. §. quidā in f. §. quod, si is & §§. seq.* perpetuo enim obseruatur, ne posthumus agnatione rūpat.

Quo consilio sic stante, in primis necessarium est in casu, cui voluit Gallus prospicere, datos esse filios cohęredes. Alioquin si solus filius esset hęres institutus, & deinde dixisset testator *si filius me viuo morietur, &c.* frustrà cauere voluisset, ne testamentum agnitione posthumi rumperetur. Nam non posthumi natiuitas rumperet testamentum, sed
30 mors filij hæredis instituti: hęrede † enim deficiente corruit testamentum *§. posteriore inst. tit. quib. mod. test. infir. inst. tit. de hereditatibus qua ab intest. in princ.* Itaque quamuis posthumus natus non esset, testatorem tamen nullas vires habere potuisset, deficiente hærede. Ergò non opus fuisset eo casu sollicitum esse testatorem, ne testamentū natiuitati posthumi rumperetur. Quod
31 † enim nullum est, rumpi, & infirmari non potest *l. nam, & si §. 1. ff. de iniust rupto.* Necessarium igitur ponendum est datos filios cohęredes, vnum, vel plures. Quo casu, cum posthumus nepos iuxta antiquorum sententiam nō posset institui; filio fortè, viuo testatore moriente, & post mortem aui testatoris nepote nascente, contingebat testamentum, quod alioquin validum fuisset, cum alij hęredes superessent, qui adire hęreditatem possent, agnatione sui hæredis rumpi. Gallus verò formula adinuenta cauit, ne iste nepos posthumus rumperet, nempè, quia induxit, institui posse. Animaduertendum tamen est, nos id non dicere secundum formulam Galli, non posse solum filium institui, neque; etiam solum Galli consilium fuisse, prospicere, ne posthumus ille nepos agnascendo, rumperet: sed id afferere Galli consilium præcipuè in eo fuisse, vt prospiceret, ne testamentum aui rumperetur. Itaque debuit eam formulam proponere, qua non solùm nepos institui posset, solo instituto filio, sed qua, datis etiam filio cohęredibus, ita nepos institueretur, vt rumpere testamentum non posset, quod certè nemo negabit.

32 Vt † autem id Gallus obtineret, oportuit in formula nepotē hunc posthumū institutum fuisse, & ipsum, non substitutum, idest oportuit aliam portionem datam filio, aliam nepoti. Quoniam si (e. g.) in quadrantem filius esset institutus

tutus

tutus, deinde testator institueret nepotem ita, *si filius meus me viuo morietur, nepos post mortem meam natus in eodem quadrante heres esto* hic nepos esset substitutus, quia nepoti secundo loco data esset ea portio, quę primùm filio data fuerat *l. sub conditione l. quoties §. si quis primum ff. de hered. inst.* Oportuit ergo, vt alia portio nepoti daretur sub illa conditione. *si filius me viuo morietur*, quo casu nepos rectè dicitur institutus sub conditiione *d. l. quoties §. si quis primum l. Iulianus 15. §. fin. l. sequ. ff. d. hered. instit.* Institutum autem hunc posthumum esse in formula Galli probatur, quia perpetuò *in hac nostra* l. dicitur institutus, nunquàm substitutus. Secundò probatur, quia si hic nepos posthumus esset substitutus, vtiq; filio esset substitutus sed filio iuxta formã Galli nõ est substitutus, ergò nullo modo substitutus dici potest. Filio, non esse posthumum hunc nepotem ex formula illa substitutum, probatur, quia si vi formulæ nepos filio esset substitutus, ineptè moneret Scæuola *in l. Gallus §. in omnibus ff. de lib. & posth* ponendũ esse filium aliqua ex parte institutum: vel saltem dicere debuisset, ponendum filium ex eadem parte antea institutum, in qua fuit nepos substitutus.

33 Neque † obstat *l. cum in testamento 37. ff. de hered. inst.* Vbi nepos institutus, pro vt Gallo placuit, & sub formula à Gallo inuenta, dicitur substitutus, prout deducitur ex eo, quia iuxta formulam scripto nepote, dicitur in ea lege duos gradus hæredum factos, & nullo casu vtrumque ad hęreditatem admitti. Nã responderi potest *in d. l. cum in testamento* supponi solum filium institutum: & stante dicta formula, nepos, solo filio instituto, verè est institutus, cum eadem hæreditas primum data filio, nepoti detur, filio decedente, viuo patre. Nec verò vlla est necessitas, cur intelligamus in casu *d. l. cum in testamento* datos cohęredes filio, prout *in l. Gallus*, & in formula ipsa absolutè considerata ex Galli ipsius consilio suprà explicato. Secundo responderi potest *in d. l.* dici duos gradus hæredum esse, eo sensu, vt simul vterque ad hæreditatem admitti non possit. Et ita duos gradus hæredum esse ex voluntate testatoris, vt & si nepoti sit datus substitutus, tamen is vna cum filio non admittatur *d. l. 37. & l. si mater §. fin. ff. de vulg. & pupil.*

34 Quamuis † regulariter conditio addicta instituto, nõ intelligatur repetita in substituto *l. sub conditione ff. de hered. inst.* quia manifesta voluntas testatoris substitutũ excludit. Is enim, qui nõ fuit instituturus nepotẽ eo casu, quo filius viueret, sed voluit dũtaxat nepotem eo casu hæredem esse, si filius præmoreretur, ne rumperet, multò minus habuit animum vocandi substitutum nepotes eo ipso casu, quo filius superuiueret, quo casu nepotem magis dilectum voluit excludere. Regulariter quidem conditio adiecta instituto, nõ censetur in substituto repetita *d. l. sub conditione*. Ratio autem huius regulę ea est, quia testator, qui substituit, voluit in defectum primi hęredis, substitutum sibi hęredem habere *inst. tit. de vulg. subst. in princ.* si autem intelligeretur repetita conditio adiecta instituto, quæ conditio primum exclusisset, & secundum substitutum scilicet excluderet, & ità fieret cõtra voluntatem, & intentionem testatoris. Sed hæc ratio cessat in formula Galli, nam si conditio deficiat, sub qua nepos est institutus, iam testator habet hæredem filium, & alios, ergò non curat habere Titium nepotis substitutum. Nepotem testator hæredem habere voluit, si filium non haberet, quo eodem casu nepoti substituit Titium, nam si fortè nepos non nasceretur, & filium hæredem non haberet, voluit Titium admitti. Atquo casu, nec nepotem ipsum fuit admissurus, nempè si filius admitti posset, nec voluit substitutum. Cernitur enim apertum consilium testatoris, qui nepotem instituit, ne rumpat, & qui sicuti non fuit vocaturus nepotem, nec vocauit, quo casu filium habere posset hæredem, ità multò minus nepoti substitutum.

Ergo posthumus nepos institutus est, non substitutus, fuit verò necessarium (vt dicebamus) institutum else. non substitutum.

35 Ratio † hęc est verissima, quia supposito Gallum voluisse etiam prouidere, ne posthumus nepos rumperet, & ge-

& generaliter formulam composuisse, quę impedire posset, ne posthumus rumperet, & sic ei etiam casui prospicere voluisse, quo filio dati essent cohæredes iuxta supradicta. Si posthumus nepos fuisset substitutus, sine dubio facti essent duo gradus hæredum *l. 1. & passim. ff. de vulg.* & à primo gradu nepos esset præteritus, in secundo verò institutus. Si ergò viuo testatore moreretur filius, hęreditas nō posset deferri alijs hęredibus in primo gradu scriptis: nā si eis deferretur, nascens postea posthumus rumperet illum gradum, & sibi hęreditatem vindi-
36 caret. Certum † enim est inter posthumum, & natum non esse differentiam aliquam in testamento inualidando, & illos inualidādo gradus, à quibus posthumus est pręteritus, si modo aliquādo nascatur *l. si à primo 8. l. si posthumus à primo ff. de lib. & posth. l. 3. §. fin. l. 4. ff. de*
37 *iniusto rupto.* At † filius inualidat primum gradum, à quo est præteritus, licèt in secundo sit institutus *l. ex facto §. lucius vers. sic responsum ff. de vulg.* ergò, &
38 posthumus, quod † expresse decisum est *in l. nam & si 5. §. fin. ff. de iniust. rupt.* Nam si à primo gradu præteritus sit posthumus, à secundo gradu exhæredatus: si eo tempore nascatur, quo in primo gradu versatur hęreditas, nascendo rumpit, & sibi hæreditatem vindicat: vt ibi dicitur. Ergò si nepos posthumus esset substitutus, filio, viuo testatore, mortuo, rumperet primum gradum, & sic cohęredes filio dati non possent admitti. Rumperetur ergò testamentum. Vt verò non rumpatur, necesse est in primo gradu nepotem institutum. Et hęc certissima ratio est meo iudicio, cur non fuerit sufficiens substitutio vulgaris, sed fuerit necessaria formula Galli, nempè vt Gallus obtineret nō rumpi testamentum. Nā alioqui si solus filius fuisset institutus, & dixisset testator, *si filius meus viuo* &c, vel dixisset *si filius meus mihi hęres non erit, nepos posthumus hæres esto.* vtique valuisset dispositio, quia nepos non potuisset hęres fieri, nisi quo casu suus factus esset, præmortuo iam filio: Cęterùm Gallus cogitauit etiā eum casum (vt diximus) quo testamentum rumpi posset posthumo præterito, eique prospicere voluit. Ergò oportuit eam formulam proponere, ex qua nepos non substitutus, sed institutus esset; Alioqui posthumus substitutus, primum gradum rupisset, si mortuo filio, patre viuente natus esset post mortem eiusdem patris, & testatoris, quia se à cohęredibus filij institutis in primo gradu præteritum inuenisset: & omninò, ne posthumus rumpat, necessarium est, vt sit vel institutus, vel exhære-
39 datus. Vnde † quia hæc solemnitas nō requiritur in patrono, & eius filio *l. 3. §.*
40 *si debita ff. de bonis libertorum* rectè † testatur libertus, si patronum in parte ei debita instituat, & ei substituat patroni filium, si patronus viuo liberto decedat *l. libertinus ff. de bon. libert.* nempè quia se institutū inuenit patroni filius, si pater prædecedat, & licet in secundo gradu, nihil refert; habet enim portionem suam, nec à primo gradu pręteritus ipso iure rumpit, & inualidat gradum, sed accepta bonorum possessione, quam ad suam portionem consequendam petere nō potest, si eam ex testatoris dispositione habeat; In nepote non ita est; Nepos, qui neque est institutus, neque exhæredatus, rumpit: Itaque oportet esse institutum.

Dices, si datus esset cohęres filio (vt nos ponimus) filius posset exhęredari, & exhęredatio ex persona cohæredis sustineretur, nec esset præcisè necessarium fi-
41 lium instituere; sed † est necessarium *d. l. Gallus §. in omnibus:* ergò non est ponendum filio datos cohęredes.

42 Respondeo † non posse filium exhæredari, etiam si dati sint filio cohęredes. Ra-
43 tio est, quoniam † exhæredatio ad hoc, vt valeat, est facienda à toto gradu, non ab vno, vel altero hærede, sed ab omnibus *l. 3. §. filius ff. de lib. & posth.* Sed si exhęredatio simpliciter fieret, & sustineretur ab hærede scripto in testamento, intelligeretur filius exhæredatus ab vno, vel aliquibus hæredibus, non ab omnibus, quoniam nepos, & ipse est institutus, vt diximus à quo non esset exhęredatus; vel si vellemus, & ab ipso filium exhæredatum esse, iam consequens esset,

filium

filiū post mortem suam exhęredari, cum pos non nisi post mortem filij admitti possit secundum formulam Galli. Frustrà autem post mortem suam quis exhęredatur; & hoc est, quod dicitur *in d. l. Gallus §. in omnibus.* ergo cum non esset filius à nepote exhæredatus, dum ipse viueret, ab vno ex hæredibus non esset exhæredatus, & sic exhæredatio inutilis esset.

44 Quęri † hic potest, cur cum non solùm posset testamentum sustineri, ità vt per natiuitatem nepotis posthumi non rumperetur, si ipse nepos posthumus esset institutus, verùm etiam, si esset exhęredatus, duntaxat formulam adinuenerit Gallus, ex qua posthumus possit institui, non autem etiam docuit, quomodo posset exhæredari: An ea formula à Gallo proposita, poterit etiam ad exhæredationem posthumi nepotis inseruire, si loco eorum verborum *haredes sunto* testator reponat illa *exheredes sunto.*

45 Iacobus † Cuiacius tunc existimat exhæredari posse nepotem posthumum, si filio dati sint cohæredes, secus si solus filius sit institutus; rationem reddit, quia solo filio instituto, nepos exhæredaretur destituto iam testamento, qui scilicet exhæredaretur sub illa conditione, *si filius viuo testatore decederet.* At datis cohęredibus, potuit nepos rectè exhæredari, quia testamentum, quamuis filius viuo testatore moriatur, ab alijs co-

46 hæredibus sustinetur. Verum † ego existimo ex formula Galli non posse nepotem exhęredari, & ideo docuisse Gallum quomodo posset institui, nunquam autem mentionem fecisse exhęredationis, quia ne posthumus ipse nepos rumpat, duntaxat potuit institui, non verò exhæredari. Ratio autem est, quia quamuis filio dati sint cohęredes, tamen cum nepos sit institutus sub ea conditione, *si filius viuo testatore morietur*, ab ipso filio nepos non est exhęredatus; vtpotè qui post mortem filij exhæredatus est. Ergo exhæredatio valere non potest, nec potest à cæteris cohæredibus sustineri, cum exhęredatio nulla sit, quæ ab omnibus hęredibus facta non est, vt paulò ante dicebamus *ex l. 3. §. filius ff. de lib. & post h.* Planè licèt ego cum doctissimo viro sentirem, posse vtrunque exhęredari, & filium purè, & posthumum sub conditione illa, *si filius viuo testatore mo-*

47 *rietur*, quoniam licet † regulariter exhęredatio non possit fieri sub conditione *d. l. 3. § purè ff. de lib. & posth. l. si sub conditione ff. de bon. poss. contra tab.* post-

48 humus † tamen sub conditione rectè exhęredatur, & sufficit eo nascente conditionem impletam esse *l. cum posthumus ff. de lib. & post. l. 1. §. sed & si sub §. sed & si quis ff. de ventr. in poss. mitt.* Et quia filio exhęredato, & nepote cessaret ratio, cur neuter solus posset exhæredari: tamē Gallus, qui quærebat simpliciter, & absolutè quomodo fieri posset ne posthumus nepos agnascendo rumperet, id potuit duntaxat docere, institui illum posse, & ex institutione obtineri, ne rumperet; non potuit autem docere, eum esse exhęredandum, quia ad hunc effectū aliud extrinsecus fuisset requisitum, nempè, & filium exhæredandum fuisse. Nolebat autem forte filium exhæredare, qui sibi duntaxat curabat cauere ne posthumus nepos rumperet.

Ad §. quidam rectè.

SVMMARIVM.

Non est omninò necessaria formulæ Galli, sed potest nepos institui omissa mentione mortis filij. n. 1.

Quomodo intelligendum, quod hic dicitur rectè nepotem simpliciter institui. n. 2.

Oportet nepotem esse ità institutum, vt ex verbis concepi possit institutum in eum casum, si suus nasceretur. n. 3.

Exempla adseruntur. n. 4.

1 Scæuola hic ostendit semel recepta sententia Galli, & cognita virtute formulę Aquilianę, Prudentes existimasse, posse etiā nepotem posthumum vtiliter institui omissa mentione mortis filij. Ità vt, & si simplici-

ter

ter institutio nepotis facta sit, valeat institutio eo casu, qui ex verbis concipi possit.

2 Quod † ergò dicitur in textu valere institutionem, *si simpliciter instituat*, intelligendum ità est, vt simpliciter ille instituat, qui non facta mentione mortis filij instituit: opponuntur enim hæc in textu, exprimere mortem filij, & simpliciter instituere.

3 Quę † quidem interpretatio comprobatur ex sequentibus verbis *vt eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit*, ex quibus ostenditur non qualibet institutionem simplicem nepotis sufficere posse (vt multi existimant) sed eam requiri, ex cuius verbis concipi, & intelligi possit nepotem esse institutum, si post mortem testatoris suus nascetur, & in eum casum, in quem voluit Gallus prospicere. Itaque

4 † necesse erit mentionem fieri mortis testatoris, id est, vt ille posthumus instituatur, qui post mortem testatoris nascetur, & ex verbis intelligendum erit eum institutum, qui suus nascetur, veluti si testator instituerit posthumum illum, qui post mortem suam suus nascetur, vt traditur *in hac l. nostra §. quid si qui filium vers. melius*, vel etiam si testator instituerit. *Quodcumque liberorum sibi nascetur post mortem d. §. quid si qui filium vers. melius* (supple vt in præcedenti casu) qui sui nascituri sunt.

Ad §. idem credendum.

SVMMARIVM.

Sceuola, quod Gallus dixerat de nepote, ad pronepotem extendit. n. 1.

Tres casus adfert, in quibus vtiliter pronepos posthumus instituitur. n. 2.

Si tempore testamenti filius, & nepos viuat, potest rectè pronepos institui, si viuo ambo testatore morientur, sed hoc casu mortuo prius filio, inde nepote, testamentum rumpetur. n. 3.

Quæ ratione hoc procedat. n. 4.

Nepos dum filius viuit, non est instituendus, immò nec filio præmortuo. n. 5.

Cur nepos natus præteritus non rumpat, si suus sit tempore testamenti, rumpat verò, si in locum sui succedat. n. 6.

An ità rupto testamento pronepos de iure prętorio ad bonorum possessionem secundum tabulas omninò sit admittendus, vt validum iure prętorio habeatur testamentum. n. 7.

1 PRosequitur † Scæuola interpretationem formula Aquilianæ, & monet, quod Gallus dixit de nepote posthumo, credendum esse, idem quoque existimasse de pronepote.

2 Et † inde tres casus ponit, in quibus ostēdit rectè pronepotem institutum; Primus est, si quis sibi præmortuo filio nepotem habeat, & pronepotem nasciturū, interim in ventre est, velit instituere, ne prętеritus rumpat: is enim rectè pronepotem instituet sub eadem formula, nempè, *si me viuo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos &c.* Secundus casus est, si pręmortuo nepote, quis habeat superstitem filium, & nepotis præmortui vxorem pręgnantem. Is enim rectè testabitur, si dixerit, *si me viuo filius morietur, tunc qui pronepos post mortem meam nascetur, in decem mensibus proximis, quibus nepos meus decesserit, heres esto.* Tertius tandem casus est, si habeat testator, & filium, & nepotem superstites, is enim dicere poterit, *si & filius, & nepos viuo me decesserint, tunc qui pronepos post mortem meam nascetur, in decem mensibus proximis, quibus nepos mortuus fuerit, hæres esto.* Quo † casu (vt Scęuola monet) ità demum valebit testamentum, & pronepotis institutio, si prius nepos decesserit, indè filius. Alioqui, si prius decedat filius, iam ex l. Velleleia succedet nepos, & succedendo rum-

4 pet; Nempè, quia † in hac facti specie ponuntur à testatore necessaria obseruata, & sic ponitur solus filius institutus: quod ad validitatem testamēti fuit neces-

5 sarium. Nepos † enim filio, eum tempore facti testamenti præcedēte, non debuit institui; immò nec si filius prędecessisset ante factum testamentū §. 1. *inst. tit.*

6 *de exhered. liber.* In † quo plus iuris habet, qui succedit in locum sui ex l. Velleia, quàm qui iam suus est. Ratio autem deducenda est ex similitudine posthumi,

humi; sicut enim ille rumpit, quia per obliuionem præteritus videri potest, ità & iste, qui viuo eius auo tempore testa-
7 menti suus non est. Planè quod dicit Scęuola testamentum rumpi, si prius filius decedat, indè nepos, rectè procedit inspecta Iuris subtilitate; videtur tamen à Prętore illud testamentum sustineri data pronepoti bonor. possess. secundum tab. vt *ad hunc.* §. censet Cuiacius. Nisi fortè vellemus constitutionem, de qua *in l. Posthumus ff. de iniusto rupto*, quæ disponit in casu posthumi, & post testamentum nati, non posse extendi ad natum iam tempore testamenti. Vel eam constitutionem in fauorē institutorum promanasse, ne excluderentur ex natiuitate posthumi, quæ non possit locum habere in his institutis, qui etiam circumscripto testamento, eoque sublato, essent successuri, vt esset in casu nostro pronepos, cui potius expediret ab intestato succedere, nullius habitis cohæredibus, & sinè onere, quàm ex testamento admitti. De quibus tamen nunc non disputo, nec inquiro.

Ad §. & quid si tantum.

SVMMARIVM.

Proponitur quæstio, & decisio Scęuolę in hoc §. n. 1.

Duplex aduersus decisionem proponitur difficultas. n. 2.

Refertur responsio Antonij Fabri. n. 3.

Reprobatur n. 4.

Refertur interpretatio Cuiacij. n. 5.

Reprobatur n. 6.

Suam subijcit Author interpretationem. n. 7.

Cur Scæuola casum emancipationis ponat in nepote, non in filio. n. 8.

1 Difficultas † occurrit hic circà formulam Galli; Nam si quis conceperit ità institutionem, pro vt Gallo placuit, *si filius meus me viuo morietur, &c.* testamentum inualidabitur, si fortè filius viuo testatore fuerit deportatus, quia scilicet in hunc casum nepos non fuit institutus *l. commodissimè ff. de lib. & posth.* Idem dicendum erit, si filius fuerit emancipatus, nam in hunc etiam casum, nepos erit pręteritus. Neque poterit testamētum substineri ex dispositione l. Velleiæ, quę non pertinet ad posthumos nepotes natos post mortem testatoris. Itaque oportebit omnino testamentum infirmari, formula Galli hoc casu deficiente, & similiter l. Velleiæ prouisione, quę ad posthumos post testatoris mortem natos non pertinebat. Respondetur tamen *in hoc* §. ex sententia l. Velleiæ ad similitudinem mortis, & cæteros casus admittendos, & consequēter posse testamentum substineri.

2 Ex hoc † textu duplex potest esse difficultas. Primo enim, si testator, qui instituit nepotem in casum mortis filij, eundem pręterijt in casum deportationis, vel emancipationis, defectus est in dispositione testatoris; quomodo ergò potest suppleri ex l. sententia, vel dispositione? Potest esse ex sententia l. Velleię, vt ad similitudinem mortis, cæteri casus admittantur, si tamen exprimatur. At testamentum, in quo nepos est præteritus, si scilicet filius deportetur, alioquè quouis modo exeat de potestate pręter mortem quomodo potest validari ex sententia l. Velleię? Secunda difficultas est: quod dicitur ex sententia l. Velleię ad similitudinem mortis, cęteros etiam casus admittendos, referendum sit ad formulam Galli, videlicet, vt quamuis Gallus formulam adinuenerit, qua possit nepos institui in casum mortis, tamen possit ea formula extendi etiam ad casus similes deportationis, emancipationis, & si qui alij sunt, quibus filius suus esse desinit, idque ex sententia l. Velleiæ. In primis falsum videri potest: quomodo enim dispositio l. Velleię, quæ duo habet capita, quorum vnum permittit posthumos nepotes viuo testatore natos institui: alterum vetat rumpere illos, qui nati sunt tempore testamenti, sed post testamentum succedunt in locum suorum (vt infrà videbimus) potest ex sententia velle casus similes suppleri in formula Galli? Præterea quid opus fuit l. Velleia, eius ve sententia? Suppleri poterant illi casus ex sen-

ex sententia Galli, sicut casus similes supplet Scæuola *in §. præcedenti*. Et sicuti Gallus tanquam Iuris Conf. induxit formulam, & potuit inducere (vt ostendimus) ità, & quilibet Iuris Conf. casus illos potuit supplere.

3 Antonius † Faber *lib. 9. coniect. cap. 3.* ità ad ambas difficultates respondet, vt loquatur Scæuola in casu, quo testator vsus fuerit formula Galli, & expresserit tantum casum mortis; quo casu vult ex sententia l. Velleię sustineri testamentū, licèt filius suus esse desierit per deportationem, vel emancipationem, idque ità probat: Lex Velleia permittit institutionem posthumi alieni etiā nati viuo auo, aut patre, ergò multo magis seruabit, saltem ex sententia, testamentum illud, in quo nepos saltem in aliquem casum vtiliter est institutus, argumento *l. Pater filium 54. ff. de hęred. inst. l. Stichus 39 ff. de man. test.* Quoniam verò videt huic explicationi repugnare verba contextus illa, *sed ex sententia l. Velleia hæc omnia admittenda sunt, vt ad similitudinem mortis cęteri casus admittantur*, ex quibus intelligitur suppleri formulam Galli, non sustineri institutionem quòd casū aliquem vtilē habuerit, in quit ea verba ab imperito interprete addita esse.

4 Sed † omnino improbabilis est hęc interpretatio. Nam præter quàm quod verba l. corrigere vult Faber, & auferre, quod nunquàm permittendum est, nisi ex pręcisa necessitate, videlicet, quia vel nullū sensum habeant, vel contraria contineant, vt non desunt *in hac l. nostra* exempla, & constabit ex sequ. Adhuc sententia l. Velleiæ non potest efficere, vt qui præteritus est, non rumpat testamentū, licèt enim casum vtilem habuerit institutio, non sequitur eam inutilē non esse, si casus ille vtilis deficiat. Et quamuis lex Velleia permixerit posthumi institutionem etiam nati viuo patre, vel auo, non tamen permisit valere testamentum, in quo idem posthumus præteritus esset. Ergò cum nullus casus à l. Velleia fuerit expressus, in quo posthumus præteritus non rumperet, non video quomodo ex illius legis sententia, casus ille possit sustineri, in quo testamentum valeat posthumo præterito. Neque leges à Fabro allegatę id probāt; quod enim vtilis esse possit aliquo casu institutio, efficit testametum primum rumpi, & vt secundum in ea causa sit, vt effectum habere possit: non tamen id efficitur, nec id probatur, effectum habere, si casus vtilis non contingat.

5 Iacobus Cuiacius ità interpretatur ex sētentia l. Velleię fieri, vt in formula Galli similes casus suppleantur; Nempè ipse dicit id fieri ad exemplum l. Velleiæ. Sicuti enim l. Velleia, dum permittit institui posthumum, qui postea nascitur viuo auo, generaliter omnes casus complexa est *d. l. Gallus §. sequ. parte.* Ita credendum est, Gallum omnes casus complecti voluisse, & in sententia Galli comprehensos. Cęterum † aliud est dicere ad exemplum l. Velleiæ credendum, & Gallum voluisse omnes casus complecti: aliud casus illos in formula Galli, ex sententia l. Velleiæ comprehændi. Prætereà quid opus fuit sententia l. Velleiæ ad hoc, vt casus illi comprehænderentur, vel (vt melius loquar) supplerētur? Quid opus fuit ex eo, quòd lex Velleia omnes casus expresserit in primo capite, interpretari eam legem similiter sensisse in formula Galli supplendos? Diximus absq; legis eius sententia, id fieri potuisse, & debuisse ex Galli sententia; & ad exemplum formulę Galli potuisse testatorem alios casus exprimere, eadem enim in omnibus ratio erat.

7 Itaque † ego contextū ità interpretādum esse existimo. Scęuola definit casus deportationis, & similes supplēdos esse in formula Galli, nō in testatoris institutione, vt si fortè aliquis testator expresserit casum mortis supplendi sint in illa institutione cæteri etiam casus. Sed vt supplendi sint in formula Galli, ita vt sicut iuxta illam formulam poterat testator nepotem instituere in casum mortis, ità & potuerit cęteros casus ad similitudinem casus mortis, exprimere. Idque ità intelligendum esse, probatur *ex hac l. Gallus §. sequenti parte*, vbi testatur Scæuola dixisse se in formula Galli cęteros casus, ad similitudinem mortis supplendos. Si vero omnes antecedentes

tes

tes legis partes legamus, nullibi nec quid simile dixisse Scæuolam inueniemus, ità vt non alibi id dicere potuerit, & voluerit, quàm hoc ipso in loco. Et quamuis *in hoc nostro* §. ponatur casus in testatore, qui conceperit institutionem nepotis iuxta formulam Galli, quasi in ipsius institutione casus illi supplendi sint; tamen *huius* §. iste sensus est. Posita suprà est formula Galli. Quæritur *in hoc* §. & veluti obiectio fit aduersus formulam illã hoc pacto. Si quis ex prçscripto eius formulç instituerêt nepotẽ in casum mortis filij, vtique si filius fortè deportaretur, vel emãciparetur, nepos reperiretur prçteritus, & sic testamentum rumperetur. Ergo formula Galli non sufficit ad hoc, vt impediat posthumum nepotem post aui mortem natum rumpere. Concipitur ergò casus in testatore, iuxta formulã Galli, nepotem posthumum instituente, vt ostendatur, non sufficere formulam Galli, ad hoc, vt posthumus nepos institutus non rumpat. Et ità veluti dubitatio quçdam proponitur aduersus formulam Galli, quæ dubitatio eò magis crescit, quia casus illi non pertinẽt ad l. Velleiam, quæ locuta est de posthumo nato, viuo auo, vel patre, ità vt dici non possit testatorem ex l. Velleia, institutionem in illos etiam casus posse concipere. Verùm resoluitur dubitatio, dum dicitur ex sententia l. Velleiç cçteros casus ad similitudinem mortis admittendos. Ità enim poterit testator, & in alios casus concipere nepotis posthumi institutionem, idque obtinere, ne testamentum rumpatur.

Cçterùm succedit nunc secunda difficultas. Quomodo enim fit id ex l. Velleiæ sententia, & cur fuit eius l. sententia necessaria: Nonnè potuit id fieri ex sententia Galli, & à quolibet Iur. Cons. interpretante Galli formulam?

Respondemus ex sententia l. Velleiæ nos intelligere illos casus in formula Galli supplendos hoc pacto. Quia l. Velleia id agere voluit, vt omnes casus rumpendi tolleret, qui accidere possent, vel ex agnatione posthumi, vel ex successione, quæ fieret viuente testatore. Nihil ea statuit circà posthumum, qui post mortem testatoris nasceretur, sed duntaxat permisit institui illos, qui post factum testamentum viuo testatore, sui nascerentur *hac l. Gallus* §. *nunc de l. Velleia*. Ergo existimaui satis prouisum esse posthumis, qui post mortem nascerentur ex forma Galli: alioqui l. casibus illis prospexisse, supposita scilicet l. mente, & intentione. Sed sic est, quòd Gallus non expressit in formula, nisi casum mortis, ergò existimauit l. Velleia casus illos supplendos. Sed qua ratione id existimauit? Nempè ex sententia Galli, & eo modo, quo quilibet Iuris Consult. existimare potuisset. Ergo quod dicit Scæuola ex l. Velleiæ sententia casus illos admittendos, non excludit casus illos admittendos, & supplendos ex sententia Galli; Immò id magis probat ex sententia legis Velleię. Nam ex sententia l. Velleiæ intelligimus casus illos ex sententia Galli in formula eiusdem supplendos, quia si supplendi non essent, lex Velleia in illis casibus prospexisset. Quæ nostra interpretatio probatur egregiè *ex l. hac nostra in* §. *si qui filium*. Nam §. & ibi ex sententia l. Velleiæ, quę multos casus rumpendi abstulit, fit interpretatio, vt valeat institutio nepotis iuxta formulam Galli, licet aliqua exoriretur difficultas.

7 Hæc verò nostra interpretatio non tollit, quin etiam si testator conceperit insitutionem nepotis in casum mortis ex ipsius sententia, possint alij casus contineri; quod scilicet conditio sit necessaria ad actum, non voluntaria. Nam semel hoc admisso ex sententia Galli posse institutionem fieri in istos omnes casus, & illud admitti poterit ex sententia etiam testatoris ita institutionem intelligendam, vt in omnes casus nepos institutus admittatur.

Nunc tamen de veritate huius distinctionis, quam faciunt Doctores inter cõditionem necessariam, & voluntariam, non inquirimus.

8 Planè † quoniam Scęuola casum deportationis ponit in filio, exemplũ emãcipationis in nepote, Faber existimat olim differentiã fuisse inter emãcipationẽ

filij, & nepotis: vt per emancipationem filij testamentum rumperetur: per emãcipationem nepotis non rumperetur: Assignat ipse rationem *in cap. 15. lib. 10. coniect.* Mihi placet Interpretatio Cuiacij, nempè quia adfert Scæuola casus morti similes: at emancipatio filij prò morte non est, cum enim fuerit ipse instituẽdus, licèt postea emancipatus, cum esset institutus, ad hæreditatem fuit admittendus. At nepos, si emanciparetur, qui non fuit instituendus, nec institutus fuit, ex ea emancipatione faceret locum pronepoti, quia præteritus iure ciuili non rumperet.

Ad §. quid si qui filium.

SVMMARIVM.

Proponitur dubitatio, & Resolutio Scæuolæ in hoc §. n. 1.

Rectè instituitur nepos posthumus his verbis, quicunque liberi post mortem meam nascentur, & qua ratione. n. 2.

Quid statuat in hoc §. Scæuola, & qua ratione moueatur. n. 3.

Verba illa, quæ in textu illis viuis quomodo intelligenda, vel emendanda. n. 4.

1 DVbitatur † rursus *in hoc* §. circa formulam Galli. Ea ita erat concepta, *si filius me viuo morietur, &c.* Pater habebat filium, cuius vxor prægnans erat. Filius captus fuit ab hostibus. Pater eo capto iuxta formulam Galli fuerat testatus. Indè decesserat. Post mortem eius natus fuerat posthumus. Posthumo iam nato decesserat & filius apud hostes. Videtur hoc casu nepos non rectè institutus, qui immò fuit præteritus, fuit namque institutus sub ea conditione, *si filius viuo testatore morietur.* At in casũ proposito filius post testatoris mortem decessit (vel nato posthumo, vel non, nihil interest) ergo in hunc casum nepos est præteritus. Immò videtur ex formula Galli nepotem in hunc casum institui non posse, quę duntaxat permittit institui sub ea conditione *si filius viuo testatore morietur.* Nec etiam hic casus pertinere potest ad l. Velleiam: nam lex Velleia permittit institui posthumũ, qui auo viuo nascitur. Iste vero posthumus, de quo agitur, natus est post mortem aui; ergo in hunc casum, nullo iure posse nepotem posthumum institui, videtur. Sed *in hac vtilitate*, idest in hoc casũ, qui maximam habet vtilitatem, & æquitatem, in hoc casu, in quo valde vtile est, posse nepotem institui, dicemus licere patri nepotem instituere generaliter his verbis *Qui mihi nepos post mortem meam suus nascetur.* Quibus verbis, & is casus cõtinebitur, & omnes alij, qui-
2 bus suus nascitur nepos. Immò † si generaliter dixerit testator, *quodcumque liberorum, vel quicumque liberi mihi post mortem meam nascentur*, intelligẽtur illi instituti, qui sui nascentur. Licet enim ex verbis concipi debeat, suum institui *l. hac nostra §. quidem rectè*; tamen satis ex verbis id intelligitur, si instituatur ab auo ille, quicumque sibi post mortem suam nascetur. Nam ex hoc intelligetur natus mortuo iam filio, viuo auo. Alioqui nepos non nasceretur auo testatori, sed filio.
3 Statuitur † ergò *in hoc* §. non ex formula Galli valere institutionẽ huis nepotis in casu proposito, sed posse testatorẽ generali ea formula vti, quæ hic est proposita, ex qua consequetur nepotem rectè institutum quocunque casu suus nascetur, & consequenter etiã in casu proposito. Posse autem testatorem ea generali formula vti maximè dicendum est post l. Velleiam, quæ multos casus rumpendi abstulit, non autem prospexit in his casibus, quando nepos suus nascitur post mortem testatoris. Ergo censuit, his casibus posse sibi testatores absque legis authoritate consulere, vt dicebamus in simili *in præcedenti* §.
4 Illud † *in hoc* §. negocium facit, quòd casus ponitur de nepote, qui dicitur post mortem aui nasci. Verùm paulò antè idẽ dicitur nasci illis viuis, idest viuo patre, testatore, & filio. Sunt autẽ hęc cõtraria. Respõdeo, vel legendũ *illo viuo*, vel probandã Bartoli sententiam, quẽ cõmuniter Doctores sequuntur, & quam probat etiã Cuiacius. Nempè Scęuolã trãsisse de singu-

singulari numero, ad pluralem, vt sæpè contingit in iure nostro, ità vt dixerit *illis viuis* pro eo, quod dicere debuerat *illo viuo*. Planè interpretatio Haloandri nimis est dura; Antonij verò Fabri omnino improbabilis, & ex propria ipsius Iuris prudentia.

Ad §. si eius, qui.

SVMMARIVM

PRoponitur facti species, eiusque decisio. n. 1.

Refertur ad hunc §. sententia Antonij Fabri. n. 2.

Reprobatur. n. 3.

Idem casus qui in nepote fuerat propositus, ponitur etiam in pronepote in illis verbis, quod quærendum. n. 4.

Cur Scæuola dicat idem quærendum, si mortuo filio, pronepotem quis instituat. n. 5.

1 IN † hoc §. iste casus proponitur. Quidam filium habebat, cuius vxor prægnans, ab hostibus capta fuerat. Instituit nepotem, qui sibi suus nascetur (ità enim potest esse quæstio, an ex iure antiquo, idest ex formula Galli, an ex l. Velleia non rumpat) interim filius decessit. Mox viuo testatore nepos apud hostes natus est. Decessit testator, & post eius mortem, ab hostibus nepos rediit. Dubitatur an rectè sit iste nepos institutus, vt non rumpat, & an ex l. Velleia, an ex Iure antiquo à Gallo scilicet inducto. Ratio dubitandi in eo est, quoniam ex formula Galli poterat ille nepos institui, qui nasceretur post mortem aui. Hic verò viuo auo natus est. Ex l. autem Velleia poterat quidē institui nepos ille, qui viuo auo nasceretur, verum nō omnis, sed is dun taxat, qui suus nasceretur *l. hac nostra §. nunc de l. Velleia*, & is qui si præteritus esset, rumperet. At hic nepos, de quo agitur, non rumpit, cū nascitur, quia eo tempore apud hostes est, & ad summum est in pendenti, an rumpat. Interim certè nō rumpit, nec in potestate aui est *l. penult. ff. de lib. & postu.* Rumpit verò, cum redit ab hostibus, ergò nec ad l. Velleiam casus iste pertinere videtur, cum nepos iste post mortem aui rumpat. Verùm resoluitur rectè nepotem institutum, ità vt non rumpat. Quia siue velimus istum nepotem ex eo tempore suum existimari, quo natus est, ex l. Velleia rectè erit institutus. Si verò velimus ex eo tempore suum esse, quo redit in ciuitatem, quasi tunc primùm nascatur, ita vt vera natiuitas non attendatur, sed coniungatur natiuitas cum effectu suitatis, vt eodem tempore, quo suus fit, nasci videatur, (neque enim hæc separantur ex fictione postliminij, vt primùm natus censeatur posthumus, postea cum redit suus factus.) Dicendum erit valere institutionem ex Iure antiquo. Ergò cum omnimodo non rumpat iste nepos, non decidit Iuris Cons. ex quo iure rumpere prohibeatur, & rectè sit institutus. Probabilius tamen fortè erit ex l. Velleia nō rumpere, cum si nepos iste redeat, retrò fingatur suus natus, & retrò viuo auo rupisse. Non rumpit quidem, si veritatem inspiciamus, sed rumpit, si fictionem postliminij.

2 Antonius† Faber *lib. 9. Coniect. cap. 6.* ponit nepotem istum natum viuo filio patre suo, itaque non rupisse tempore natiuitatis, cum suus natus non fuerit, sed rupisse succedendo, quoniam viuo auo filius decessit. Vnde videtur non rectè institutus: nam non potuit institui ex primo capite l. Velleię, quia suus natus non est: non ex secundo, quia nati tempore testamenti ex secundo capite instituuntur, qui postea succedunt. Concludit tamen Faber rectè institutum commixtis capitibus l. Velleiæ, ex sententia Iuliani, de qua infra *in §. ille casus*.

3 Ego† Fabri sententiam non probo. Primùm, quia non agitur hìc de nepote succedente, sed casus proponuntur ad formulam Galli de nepote, qui agnatione rumpit. Incongruum, & intempestiuū esset, si Scæuola casum proponeret, in quo decisio sumenda esset ex capitibus l. Velleiæ, de qua nondum actum esset. Præterea viuo testatore nepotem natum ponitur in hoc textu in illis verbis *ibique viuo pariat*. Ex quibus innuitur filium decessisse, alioqui dixisset viuis illis peperisse. Tertiò, si ita textus explicandus, nulla difficultas esset, an ex iure antiquo is ex-

is excluderetur, qui suus non esset natus, & natus esset viuo auo. Tandem præposterum esset, vt Scæuola vteretur authoritate Iuliani, tanquàm res certa esset, antequàm casum tractaret, quem tanquàm difficilem proponit infrà *in §. ille casus*.

4 Planè † cum Fabro sentio, dum vult eumdē casum proponi *in vers. quod quærendum est* in pronepote, qui anteà propositus fuerat in nepote, Nempè si mortuo filio pronepos institueretur, vt casus

5 omnino similis sit superiori. Nam † mortuo filio nepos in locum filii succedit, vel etiam ideò dicit Scæuola *mortuo filio*, quia viuo filio fieri potest, vt testamentum rumpatur, si fortè solus filius sit institutus, pro vt solus necessariò instituendus est. Nam si primùm filius decederet, deinde nepos, testamentum successione rumperetur *§. idem credendum supra*. Noluit autem hic Scæuola de successione quærere.

Ad §. forsitan.

SVMMARIVM.

Propositur casus, & decisio huius §. n. 1.
Cur inutilis institutio nepotis, pronepoti non noceat. n. 2.
Refertur, & probatur Fabri emendatio. n. 3.
Lectio vulgata potius sequenda, quàm quæ in Pandectis Pisanis habetur, ibi isque viuo Patre. n. 4.
Quid sibi velint ea verba in istis casibus. n. 5.

HIC §. omnium habetur difficillimus, & non sine ratione, lectio enim adeò est deprauata, vt vix intelligi possit, quid potuerit Scæuola dixisse.

1 Doctores † omnes, præsertim eruditiores conueniunt *in hoc §.* hanc tacti speciem proponi. Quidam filium habebat Fecit testamentum, & sibi cauere voluit, si fortè sibi nasceretur ex filio posthumus nepos, immò, & si pronepos, & ità fortè dixit *si filius meus me viuo morietur, tunc, qui mihi ex eo nepos, aut ex nepote pronepos nascetur post mortem meam, hæres esto.* Contigit, vt viuo testatore, & viuo adhuc filio, natus fuerit nepos, qui ducta vxore decessit, eadem prægnante relicta. Indè decessit, & filius. Tandem vltimo loco testator. Post mortem testatoris natus est pronepos. Quæritur an iste rectè sit institutus, vt rumpere non possit. Ratio dubitandi ex eo deducitur, quòd pater ipsius (nepos videlicet) non rectè fuerit institutus; natus namquè fuit posthumus alienus, videlicet, quia natus est viuo filio testatoris, & patre suo, & cum pater eum præcederet, non potuit suus esse. Ergò cū posthumus alienus fuerit nepos, ideoque non potuerit institui, videtur dicendum inutiliter, & pronepotem institutum, qui ex persona patris sui, dum in eius locum succedit, suus fit. Sed ratio decidendi ea est pro validitate institutionis pronepotis, quòd iste pronepos suus nascitur, & post mortem testatoris nascitur. Nēpè in hoc pronepote nō sunt ea impedimenta, quæ in nepote. Nepos natus est viuo testatore, ideo nec ex formula Aquiliana potuit ille dici institutus. Natus fuit viuo patre suo, & sic suus non fuit. At pronepos natus est mortuo, & patre suo, & auo, & ità nullus eum in gradu præcessit, ergò suus fuit natus. Rursus natus fuit post mortem proaui testatoris, ergo potuit rectè ex consilio

2 Galli institui. Nec † quid facit, quòd pater eius nō potuit institui, nec suus vnquàm fuerit, quia si hodie viueret, suus esset mortuo iam patre eius, scilicet filio testatoris, ergo dum pronepos natus est, occupauit locum patris sui, & quia ille, si hodie viueret, suus esset, suus etiam est pronepos, sublata iam persona patris, ac si ex filio natus esset.

3 Vnde † sic Faber *lib. 9. coniect. cap. 9.* (cuius emendationem ego sequor alijs omissis) in vltimis illis verbis, quę obscurissima sunt, legendum censet. *Ergo, & sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote postea viuo filio mortuo, atque si ex eo natus esset.* Itaque omittit Faber verbum illud *adoptatur*, quod Asterisco notatum testatur, & prò *si* legit *sic*. Vt sensus sit. Ergò iste pronepos, qui natus est ex nepote, posteà, viuo filio, mortuo

mortuo, ità admittetur, atque si ex eo (scilicet filio) natus esset. Ità Scęuola respondet quęstioni propositę, quamuis enim nepos non fuerit admissus, ipse tamen admittitur, cum locum nepotis patris sui occupauerit, perindè ac si ex filio natus esset. Et hęc meo iudicio omniū optima est emendatio, aliqua enim omninò est necessaria, cum alioqui verba nullum sensum habeant.

4 Monendum † est *in hoc* §. legendum, non vt in Pandectis Pisanis *isque viuo patre*, sed vt in vulgatis Codicibus *isque mortuo patre, deindè auo*, vt ostendit verbum illud *deindè*.

5 Et † quod dicitur in principio, *an istis casibus*, intelligendum de istis casibus, de quibus tractatur ad formulam Galli de nepote, vel pronepote instituendo.

Ad §. in omnibus.

SVMMARIVM.

Filius aliqua ex parte suppenendus est institutus in forma Galli. n. 1.

Ex illis verbis si filius me viuo morietur non sustinetur testamentum. n. 2.

Immò testamentum filio praterito est nullum. n. 3.

Filius posita formula Galli, non potest exhęredari, & cur. n. 4.

Filius, qui apud hostes est tempore testamenti, & ibi decedit, non est instituendus. n. 5.

Similiter nec instituendus nepos, vel pronepos, si horum liberi iuxtà formulam Galli instituantur. n. 6.

1 Monet † hîc Scęuola in omnibus supradictis speciebus ponendū esse, filium aliqua ex parte hęredem institutum esse, alioqui testamentum non valeret filio prętærito.

2 Neque † enim ex illis verbis, *si filius viuo me morietur* intelligitur filius institu-

3 tus, aut legi satisfactū est. Nam † immò testamentum filio prӕterito nullum est, vt respondetur *in l. si quis eum §. fin. ff. de vulg. & pup.* vbi si pater fecerit secundum testamentum, in quo hęredem instituerit aliquē sub ea conditione, *si filius se viuo morietur* primū testamentum nō rumpitur, & redditur ratio, quia secundum non valet, in quo filius prӕteritus est. Est ergo filius aliqua ex parte insti-

4 tuendus. Non † tamen exhӕredandus, quia intelligeretur post mortem suā exhӕredatus, quod absurdum habetur. Quӕ autem ratione id fiat, explicauimus

5 suprà *ad prin. l. n. 41. & sequ.*

Planè † addit Scӕuola institutionē nō esse necessariā si filius sit apud hostes, & ibi decedat, cum enim is, qui ab hostibus non redit, pro mortuo habeatur ea hora, qua captus est, *l. in omnibus ff. de capt. & post. reuers.* Sine dubio institui non debebit, qui nec posset institui. Simili-

6 ter † neque erit necessaria institutio nepotis, vel pronepotis, si eorum liberi instituantur, quia, vt dicebamus suprà *in §. idem credendum* nepos non solùm filio viuo non est instituendus, verùm, nec filio iam mortuo. Planè fieri potest, vt nepos viuo filio prӕteritus, vel pronepos viuo nepote posteà adhuc testatore viuente, filio, vel nepote mortuo succedendo rumpat, vt dictum est *in eodem §. idem credendum.*

Ad §. nunc de l. Velleia.

SVMMARIVM.

Lex Velleia in primo capite permittit posthumos institui, qui nascuntur viuo testatore. n. 1.

Quaritur qua ratione necessaria fuerit l. Velleia in hoc primo capite. n. 2.

Ratio assignatur. n. 3. & sequ.

Posthumus ante legem Velleiam institui non poterat, nisi qui post mortem testatoris nasceretur. n. 4.

Ante l. Velleiam, cur rumperent, qui viuo testatore nascebantur, licèt essent instituti, vel exhęredati. n. 5.

Exhęredatio, vel institutio non ritè facta, pro facta non habetur. n. 6.

Massinius hanc nostram l. optimè, & diligentissimè explicauit, à quo ferè omnia sumpsit Pichardus. n. 7.

Qua ratione ante l. Velleiam non posset posthumus institui, qui viuo testatore nascebatur. n. 8.

Qua-

Quinam casus à Scæuola proponatur in hoc §. n. 9.

Quę verba emendanda in hoc §. n. 10.

HActenus dictum est de formula Galli. Transit nunc Scæuola ad
1 l. Velleiam, quæ † in primo capite voluit natos viuo testatore nõ rumpere testamentum, cum scilicet permittat illos posthumos instituere, qui viuo testatore nasci turi sunt. *§. ille casus infra.* Et quidẽ nõ solùm nepotes posthumos, sed omnes etiam filios, vt constat ex illis verbis, *qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei hęredes futuri erunt, &c.*

2 Dubitant † Doctores nostri, cur lata fuerit lex ad hoc, vt concederetur posse institui illum, qui suus nasciturus esset. Videtur enim frustrà lata fuisse. Cum enim iam docuisset Gallus rectè institui posthumum nepotem, etiam dum filius uiuit, nulla poterat esse dubitatio, quin posset etiã institui nepos, qui nasceretur post testamentum viuo etiam testatore, sed post mortem filij, nam licèt iste videri possit posthumus alienus, tamen docuit Gallus institui eum in casum, in quo suus est futurus. Et sicuti posthumus nepos, qui post mortem testatoris nascitur præmortuo iam filio viuo testatore rectè instituitur ex formula Galli, itã & rectè institui poterit nepos, qui pręmortuo filio, nascatur etiã viuo auo, & itã concipi poterit formula, *si filius me viuo morietur, tunc qui nepos ex eo, siue post mortem meam, siuè me viuo nascetur, heres esto.* Quòd si ageremus de filio instituendo, qui post testamentum patris eo viuo nasceretur, multo minor esset dubitatio: Is enim filius suus est, nullo tempore alienus posthumus.

Ergo omni casu superflua l. ista Velleia in hoc primo capite, quod tamen dicendum non est; frustrà enim l. ferri non debet *l. 5. in fine ff. de capt. & post l. reuer.*

3 Omissis † varijs Doctorum responsionibus, ita resoluenda est difficultas.

4 Olim † non licebat posthumum instituere, nisi illum, qui post mortem patris testatoris nasceretur. Paulus *lib. 3. Sentent. tit. 4. de test.* ponit formulam instituendorum posthumorum, & hanc esse dicit. *Si qui post mortem meam posthumi nati fuerint, heredes mihi estoto.* Vndè monet viuo testatore natos rumpere testamentum, verè enim posthumus ille est, qui post mortem nostram nascitur, vt inquit Vlpian. *in l. 3. §. 1. ff. de iniust. rupt.* Itaque qui post testamentum, viuente testatore, nascuntur, itàdemum l. Velleia rumpere prohibentur, si nominatim sint exhęredati, (inquit Vlpianus *in d. §. 1.*) Vndè intelligimus l. Velleia permissum esse istos exhęredari, vel institui, cum antea non liceret. Confirmatur *ex l. nostra §. ille casus*, vbi Scæuola de primo capite l. Velleiæ agens ait *denique superiori casu, vt liceat institui nondum natos, permittit.* Si permittit, ergo antea non licebat. Probatur *ex hoc nostro §.* in illis verbis, *voluit viuis nobis natos non rumpere testamentum* (loquitur de institutis, vel exhæredatis, alioqui præteriti rupissent.) Si ergò instituti, vel exhæredati non rumpunt ex l. Velleia *§. hoc nostro, & l. 3. §. 1. ff. de iniusto rupto*, argumentum est certissimum ante legem velleiam etiam institutos, vel exhęredatos rupisse. Facit ad rẽ hanc Vlp. *in frag. tit. 22. qui hered. inst. poss.* vbi ait, eos, qui in vtero sunt, posse institui, si quidem post mortem nostram nascantur ex iure ciuili: Si verò viuis nobis ex l. Iuna id est ex l. Iunia Velleia. Ergò si hi possunt institui ex l. Iunia Velleia, de iu-
5 re ciuili non poterant institui. Sed † cur rumpebant, cum essent instituti, vel exhæredati? ratio est, quia cum non possent ante l. velleiam institui, vel exhæredari, & ità non ritè facta esset institutio, pro præteritione habebatur. Ex-
6 hęredatio † enim non ritè facta pro præteritione habetur *l. 3. §. non quasis ff. de bon. poss. cont. tab. l. si ita §. fin. ff. de lib. & posth.* Ita, & institutio. Filius suus hęres non poterat institui sub conditione casuali *l. 4. in princ. ff. de hered. inst.* Ità institutus pro prętcrito habetur *l. si pater C. de inst. & subst. l. Lucius Titius ff. de cond. & dem.* Post l. Velleiam potest institui, & ille qui viuo patre nascatur, ergo iam non rumpit ex l. Velleia: anteà rumpebat, quia cum non ritè esset institutus, inuti-

inutilis erat institutio. Vndè intelligimus, quod dicit Vlpianus *in l. commodissimè ff. de lib. & posth.* commodissimè posse institui eum, qui nondum natus est, siuè viuis nobis nascatur, siuè post mortem nostram, procedere post legem Velleiam, nam antea non licebat.

Ita difficultatem hãc grauissimam resoluebat Præceptor vnicus meus Nicolaus Bonaparte I. Conf. subtilissimus, doctissimus. Hanc tamen eamdem interpretationem postea reperi attigisse Anton. Piccardum *ad hanc legem cap. 8. n. 9.*
7 *& sequ.* Et ante eum Massinius† *ad hunc §. nostrum n. 10. & sequ.* qui optimè, & diligentissimè legem hanc nostram explicauit, à quo Picardus ferè omnia accepit, quę ad hanc legem tradit.

8 Ratio † autem cur ante l. Velleiam nõ liceret eum instituere, qui post testamẽtum nasceretur viuis nobis, ea esse potest, quia receptum erat olim interpretatione prudentum, vt personæ incertę non possent institui *§. incertis instit. de leg.* Indè receptum est nondum natos institui, & ipsos non posse: vt supra diximus. Itaq; hac ratione nulli posthumi, nulli nondum nati poterant institui, nec sui quidem. Verùm quoniam hi pręteriti rumpebant testamentum agnatione, & quidẽ sinè vllo remedio, si nascerentur mortuo iam testatore, receptum fuit, vt posthumi, idest qui nascerentur post mortem testatoris, institui possent: *l. placet ff. de lib. & post.* Non idem fuit receptum in his, qui viuo testatore nascerentur. Nam hi poterant à Patre institui alio facto testamento, nec ea necessitas erat in isto casu recedendi ab ea regula, quę in posthumo, qui post mortem parentis nascitur. Ergo manebat hic casus sub regula. Verùm quia fuit consideratum interdum accidere, nasci posthumum viuo quidem patre, vel auo, sed qui & ipse paulo post decedat, ità vt non possit testamentum aliud condere, l. Velleia id fuit correctum, & concessum fuit parentibus, omnes posthumos hęredes sibi instituere, qui sui futuri essent, etiam si viuo testatore nascerentur. Ad hanc incommoditatem non respexerant Iuris prudentes, quòd casus iste rarò accidat *ad. l. 3. 4. 5. ff. de ll.*

Cum itaque referat Scæuola *in hoc §.* l. Velleia factum esse, vt viuis nobis nati non rumpant, quòd scilicet possint ex eadem lege, vel institui, vel exhæredari.
9 Quęrit † quid si testator filium habeat, & nepotem nondum tamen natum, scilicet conceptum, sed nondum natum, quem nepotem instituat, mox filius decedat, indè nepos nascatur. Quęrit (inquam) quid dicendum, an is rumpet testamentum? Ratio dubitandi est, quoniàm iste nepos tempore testamenti alienus fuit posthumus, non suus, vt potè cum eum pater præcederet. Sed respondet Scęuola ex verbis legis hunc nepotem non rumpere, vt non solùm lex concesserit eo tempore nepotem instituere, quo filius non sit, verum, & si eo tempore filius viuat. Reddit rationem. Quid enim inspiciendum est tempus testamenti, si tempus, quo nascitur ex l. ipsa obseruandum est? Quod probat, quia verba legis ea erant. *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus hæres futurus erit, &c. etiam si viuo patre nascatur* ex quibus cõstabat potestatem concedi instituendi, vel exhæredandi eum, qui nasceretur, suus esset futurus.

Goueanus ità verba l. Velleiæ concepta fuisse arbitratur. *Qui testamentum faciet is omnis virilis sexus, qui suus futurus erit, cum nascetur, instituendi potestatem habeat, & si parente viuo nascatur.*

10 In hoc § ex cõmuni eruditiorum omnium sententia ità necessitate exigente emendanda in primis sunt verba illa, *& nepotem nondum natum tantum* legendum est *tamen* non *tantum*. Rursùs ibi *si nepos, qui eo tempore* legendum est *si nepos eo tempore*. Paulo post *si viuo patre nascatur*, vel delendum verbum *nascatur*, vel legendum *instituatur*. Tandem ibi *nam & si ità verba sunt* legendum *nam & ità verba sunt. Qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui hęredes futuri erunt, &c. etiam si viuo parente nascantur.*

Ad

Ad §. sequenti parte.

SVMMARIVM.

Quid secundo capite l. Velleia factum sit. n. 1.
Dubitatur aduersus hoc secundum caput. n. 2.
Doctores existimant l. Velleia factum, vt nepotes in locum sui succederent. n. 3.
Reprobatur hac sententia. n. 4. & sequ.
Nepos non alia ratione fit suus, quàm quia in locum filij succedit. n. 5.
Nepotes nati, & sui, tempore testamenti, possunt præteriri, vel inter cæteros exhæredari. n. 6.
Lex frustra induci non debet. n. 7.
Refertur sententia Fabri; cur necessaria fuerit l. Velleia in secundo capite. n. 8.
Reprobatur. n. 9.
Lex in instanti defert hæreditates. n. 10.
Resoluitur proposita difficultas. n. 11
Quis casus proponatur in hoc §. à Scæuola n. 12.
Nihil in hoc §. emendandum. n. 13.

1 IN † hoc §. Scæuola tradit secundum caput l. Velleię, quo factum est nepotes iam natos viuo testatore, & tempore testamenti institui, vel exhęredari nominatim, quamuis pater eos pręcedat; idque eo consilio, ne si fortè viuo adhuc auo, eodemque testatore, pater eorũ decederet, ipsi, in locũ patris succedentes, rumperent testamentum. Vndè infrà in §. ille casus dicitur lex Velleia vetare testamentum rumpi: idem etiam habetur in §. Posthumorum inst. tit. de exhæred. liber. vbi dicitur nepotes esse instituendos, vel exhęredandos, ne succedendo rumpant, idque dicitur prouisum l. Velleia: similis textus in l. posthumorum ff. de iniust. rupto Addi potest textus in l. 6. §. 1. ff. de hæred. inst. ibi nepotes & deinceps, qui ex l. Velleia succedendo non rumpunt. Confirmatur ex l. 2. §. 1. ff. de vulg. vbi nepotes instituti, vel exhæredati dicũtur ex l. Velleia non rumpere, sicuti è contra præteriti dicuntur rumpere sinè impedimento l. Velleię l. 2. C. de lib. præter. qua ratione l. Velleia dicitur testamentum confirmari l. si hæreditas §. qui filium ff. de test. tut. si scilicet nepos sit institutus vel exhæredatus.

2 Sed † dubitari potest, quid hoc secundo capite l. Velleię inductum sit, & cur fuerit necessaria hæc legis Velleiæ prouisio.

3 Nam † quod magis communiter Doctores sentiunt induxisse l. Velleiam, vt nepotes succedant in locum patris sui,
4 & ità sui efficiantur, non † videtur l. Velleia factum. Alioqui nepotes, quorum pater, antequàm auus testamentum faceret, decessisset, sui non essent. Circa enim istos nihil fecit, nihil innouauit lex Velleia, & tamen sui sunt §. cum filius, inst. tit. de hæred. quę ab intest. ergo
5 sine dubio sui sunt successione, cum † nõ aliter suus effici possit nepos, quàm si in locum patris sui succedat. Hac ratione in l. 1. §. suos hæredes ff. de suis, & legit. sui hæredes dicuntur tantum, filius, & filia, quasi nepotes sui non sint per se, sed eo, quia personam filij repræsentant, & ideò licèt non agatur de concurrendo cum patruo, tamen nepos dicitur fieri suus hęres, quando succedit in locum patris, & succedere dicitur, quando idem pater desijt suus esse l. 1. §. si filius ff. de suis, & legit. quasi non alia ratione nepotes sint sui, nisi quòd in locum filij succedunt, sic enim expresse ideò nepotes sui dicuntur, quia in suorum locum successerunt. l. 1. §. liberos ff. de coniung. cum emancip. lib. eius. Itaque in §. sui inst. tit. de hæred. qualit. & diff. dicitur nepotes suos fieri, dum filij sui esse desinunt, redditur ratio, quia tunc in locum patris succedunt. Et hoc sensu succedendo, rumpere dicitur, qui rumpit agnascendo l. 6. §. sed & si pater ff. de iniust. rupto, nempè quia nepos agnascendo non rumpit, nisi agnascendo simul in locum filij succedat. Si ergo etiam ante legem Velleiã nepotes mortuo filio sui erant, nec poterant sui esse, quin essent per successionem, non potest illud l. Velleia inductum, vt nepotes in locum filij sui succedant.

Præterea si disposuisset lex Velleia de nepotibus, qui ante testamẽtum aui successissent in locum patris sui, sicuti debuerunt nepotes, qui posthumorum loco sunt, vel institui, vel nominatim ex-

heredari

6 hęredari: ità & debuissent illi; sed † illi possunt præteriri, vel inter cæteros exhæredari §. 1. *inst. de exhęred. lib.* ergò de illis non disponit, & tamen isti succedunt in locum patris sui, & fiunt sui auo §. *ità demum inst. tit. de hęred. quę ab intest. defer.* Ergò non induxit l. Velleia nepotes, qui loco posthumorum sunt, succedere in locum patris sui. Nam cum succedant nati ante testamentum, nulla ratio fuisset cur, & isti non successissent.

Addi potest l. Velleiam voluisse prouidere, ne isti nepotes rumperent, vt dicitur *in d. §. Posthumorum inst. tit. de exhęred. liber. l. posthumorum ff. de iniust. rupt.* Quænam fuisset prouisio, si ipsa prius induxisset, vt rumperent? Vulnus inflixisset, vt sanaret? Et † verò lex frustrà induci non debet *l. 5. in fine ff. de capt. & postl. reuers.* Quænam autem fuit necessitas legis ferendæ in hoc secundo capite? An non poterant isti nepotes quasi posthumi institui, vel exhęredari ad similitudinem verè posthumorum? Quinimo nulla erat in istis difficultas. Posthumi olim non poterant institui, qui erant alieni. Tales erant posthumi nepotes, ergò opus fuit, vt Gallus formulam excogitaret, vt ostenderet posse istos tanquàm suos institui, vt diximus suprà. At posthumi isti ex l. Velleia, qui nati iam sunt tempore testamenti, ipso iure possunt institui, quia iam nati, & ratio incertitudinis in istis non viget. Vndè est, quod apertè dicitur *in §. ille casus infrà* in 1. capite l. Velleiam institui permittere illos, qui tempore testamenti nondum nati essent, nascerentur verò viuo adhuc testatore: in secundo verò capite vetare testamentum rumpi, non permittere institui: Nempè in primò capite necessarium fuit, vt lex permitteret illos posthumos (impropriè tamen dictos) institui posse, quia vt suprà diximus, illi duntaxat poterant institui posthumi sui, qui post mortem parentis nascerentur. Qui eo viuente nascerentur, institui non poterant, ergò necessaria fuit l. prouisio. At in secundo capite, lex Velleia nó permittit institui nepotes iam natos: poterant enim isti iure communi institui; sed id agit, ne testamentum rumpatur. Sed quid agit? Non ne illis institutis certus erat testator, ne posset testamentum rumpi, licèt illi in locum suorum succederent? Imò non ne poterat testator eos instituere in casum, quo filius sè viuente decederet, vel in eumdem casum exhęredare ad exemplum formulæ Galli?

8 Antonius † Faber *lib. 9. coniect. cap. 19.* eam excogitauit rationem, cur fuerit necessaria lex in hoc secundo capite, quoniam scilicet considerat l. Velleia cautũ, quomodo posset institui, vel exhęredari nepos, quem filius pręcederet eum in casum, quo suus nepos fieret, & inquit ità institui, vel exhæredari, si pater suus esse desierit. Ergò (addit) prius est, vt nepos succedat, quam vt sit institutus; eo enim ipso instanti, quo filius desinit suus esse, ipse nepos succedit, & nullũ instans medium est, ergò quo tempore succedit, se præteritum reperit, ideò opus fuit l. quæ caueretur eo non obstante, testamentum

9 non rumpi. Sed † futilis omninò ratio est, cur enim sicuti lex in instanti efficit, vt succedat nepos in locum patris sui, ità in instanti non defert ei hęreditatem? Si filius suus esse desierit, nepos statim succedit. Cur statim, & eodem momento, quo filius suus esse definit, nepos non in-

10 telligitur institutus? Non ne † lex operatur in instanti in delationibus? Operari probatur *ex l. fin. ff. quando dies leg. ced. l. fin. ff. de cond. inst. l. si filius ff. de lib. & posth.* Imò si in hac re fuisset difficultas, potuisset excogitari ratio instituendi nepotis, vel exhęredandi; dum pater ipsius viueret, & certum esset moriturum, dum scilicet esset in vltimo vitę articulo, quo casu videtur etiam exhęredari potuisse argumento *l. filio ff. de lib. & post.* vel saltem nullus dubitabit, potuisse institui, cũ filius moreretur, vel cum emanciparetur, vel deportaretur. Sed ad hoc argumentũ opus non est refugere. Lex enim quę in instanti operatur, vt nepos in locũ filij succedat, operatur etiam, vt in eodem instanti intelligatur institutus.

11 Ergò † prò resolutione difficultatis verissimum est l. Velleiam induxisse nepotes istos, qui loco posthumorum sunt,

testamentum rumpere succedendo. Probatur apertissimè *ex l. si quis filium C. de inoff. test.* Vbi dicitur ex l. Velleia nepotem in locum patris sui succedere, & rumpere testamentum, & id est, quod dicitur l. Velleia factum esse *in §. posthumorum inst. tit. de exhęred. liber. l. posth. ff. de iniust. rupt.* Qua ratione dicuntur nepotes ex l. Velleia redacti ad filij conditionem *l. 6. §. 1. ff. de hæred. inst.* vt sicuti filij præteriti rumpunt, ità, & rumpant nepotes. Quod confirmatur, quoniam certissimum est nepotes præteritos non rupisse, sed habuisse ius accrescendi *§. 1. inst. tit. de exhęred. liber.* Ergo l. Velleia voluit nepotes natos, qui viuente auo sui fierent per successionem pręmortuo filio rumpere, sicut rumpunt alij posthumi, qui præteriti inueniuntur: quæ enim ratiò euicit, vt posthumi nepotes deberent institui, vel exhæredari, alioqui rumperent, eadem mouit l. Velleiam, vt idem in nepotibus natis constitueret. Sicuti enim illi sui fiunt testatori, ità & isti. Et sicuti de posthumis vix cogitasse testatorem credi potest, ità, & idem dici potest de istis nepotibus, qui posteà succedendo fiunt sui, & veluti nunc primùm agnascuntur.

Ergò cum l. Velleia induxerit hos nepotes rumpere, simul iussit eos, vel institui, vel exhæredari, & ità vetuit testamentum rumpi.

Ex his intelligimus quid induxerit l. Velleia, nempe vt nepotes, de quibus agimus, rumperent. Indè iussit eos institui, vel exhęredari ne rumperent, quod anteà non erat necessarium. Vndè patet l. necessitas. Non poterat sine l. fieri, vt isti nepotes rumperent, nec poterant Iuris Consulti iubere, vt instituerentur isti, vel exhæredarentur, ergò ad id opus fuit l. Velleia, quę non simpliciter induxit, vt nepotes succederent in locum filij, & ità sui fierent (nam, & ante l. Velleiam sui fiebant) sed cum anteà non rumperent; l. Velleia induxit, vt rumperent. Indè ne rumperent, iussit, vt instituerentur, vel exhęredarētur.

Non obstat l. Velleiam, quę voluit testatoribus consulere contrà consilium suum fecisse, cum induxerit nepotes istos prçteritos rumpere, quç sanè melius consuluisset, si nihil omninò innouasset. Nā respondeo l. Velleię principale intentum id fuisse, inducere, vt nepotes isti eodem essent iure, quo posthumi, quia in his eadem vigebat ratio. Indè verò, quià induxit hos rumpere, si essent præteriti ne rumperent, iussit hos institui, vel exhæredari.

At Scæuola, qui vult nos docere, quomodo efficere possimus, & nobis cauere ne testamentum rumpatur agnatione, vel successione, refert & formulam Galli, & duo l. Velleię capita, si enim, quę iussa sunt, non obseruemus, sine dubio testamentum rumpetur.

Ex his percipimus non frustrà latam l. Velleiam in hoc secundo capite, iussit enim nepotes istos institui, vel exhęredari. Quod anteà necessarium non erat, fecit necessarium esse. Poterant quidem, & anteà isti nepotes institui. Potuissent, & exhęredari, saltem sub conditione, si filius suus esse desijsset: sed frustrà id factum esset, saltem ad id ne testamentum rumperetur, nam, & prçteriti isti testamentum non rumpebant, ergo voluit lex necessariò fieri, quod anteà fieri quidē poterat, sed sine aliqua necessitate. Id verò efficere legis fuit, non Iur. Consulti. Hanc ego resoluendę difficultatis rationem excogitaueram: Sed posteà, cum ad manus meas peruenerint Antonij Pichardi comentaria *ad hanc l.* reperi hanc eamdem ab eodem traditam *cap. 9.* licèt ibidem multa alia ipse tradat, quæ mihi non probantur.

Nunc quantum pertinet ad contextū. Ibi *sequenti parte*, idest secundo capite, cum enim in primo, induxerit lex etiam posthumos illos institui, qui nascerentur viuo testatore, secundo capite voluit succedentes in locum suorum non rumpere testamentum, dum iussit eos institui, vel exhæredari.

12 Ex † quo secundo capite fit, (inquit Scęuola) vt si quis habeat filium, nepotē, & pronepotem, & pronepos sit institutus, mortuis vtrisque, scilicet filio, & nepote in locum sui hæredis succedens, non rumpat. Nam (inquit) benè l. verba sè habent, *si quis ex suis hæredibus suus esse de-*

se desierit. Quæ cum sint generalia comprehendunt omnes casus, qui supplendi fuerant in formula Galli, videlicet, siue per mortem accidat suum esse desinere, siue per deportationem, vel quemlibet alium casum, ità vt locus sit huic secundo capiti, non solum, si nepos in casu suprà posito viuo filio decedat, quo casu pronepos mortuo demum filio succedens non rumpit, sed etiam si nepos filio superuixerit, indeque viuo testatore decesserit, dummodo hoc casu iste nepos fuerit institutus, vel exhæredatus, alioqui successione rumperet, si esset præteritus.

13 Et hic est verus sensus *huius* §. in † quo nihil est immutandum, nisi vbi legitur *mortuis vtique* legẽdum *vtrisque*; Quamuis & nihil immutando idem sensus esset. Planè in vltimis verbis, vbi Cuiacius, & Goueanus monent legendum, *ne succedens nepos auo mortuo rumpat* nihil immutandũ est, sed retinenda lectio textus, Vt sensus sit pronepotem non rumpere, siue nepos viuo filio decesserit, siue eo mortuo, dummodo hoc secundo casu nepos fuerit, vel institutus, vel exhæredatus, ne succedendo rumpat, vt benè censuit Anton. Faber *lib.* 10. *coniect. cap.* 2.

Ad §. videndum.

SVMMARIVM.

Proponitur casus, & decisio, de quibus in hoc §. n. 1.

Is rumpit, quem nemo præcedit mortis tempore. n. 2.

Fictio postliminij omnia suspendit. n. 3.

Reijcitur Doctorum communis interpretatio. n. 4.

1 AD secundum † caput l. Velleiæ quærit Scæuola, si quis filium apud hostes habeat, nepotẽ ex eo instituerit sub ea formula *si suus esse filius desierit*. Indè testator decesserit, postea apud hostes filius decedat, an nepos ex l. Velleia admittatur. Respondet admitti, quia lex Velleiæ tempus non requirit, quo scilicet tempore suus quis esse desinat, vel nepos succedat. Sed quia necessarium est ex re ipsa suum filium esse desinere viuo testatore, alioqui si tempore mortis suus esset filius, ipse hæres fieret, aut saltem, licet postea succederet, nepos non rumperet.

2 Is † enim rumpit, quem nemo præcedit mortis tempore *l. si quis filio* §. 1. *ff. de iniusto rupto*. Ideò Scæuola in ea ratione non quiescit, sed subdit audacter dici posse viuo patre suum esse desijsse filium, qui post mortem patris apud hostes decessit, ea ratione, quia nec redit, nec potest redire. Et cessante iam fictione postliminij, constat filium seruitute suum statim esse desijsse, & sic verificatam esse conditionem, & satisfactum l. Velleiæ. Verùm quia suus iste esse desijt statim atque captus fuit, ideo dicit Scæuola audacter dici posse suum esse desijsse, quasi suus esse desierit viuo testatore, sed post testamẽtum, eo scilicet sensu, vel ea ratione, quia tempore facti testamenti dici absolutè non poterat suum esse filium desijsse propter

3 fictionem postliminij, quæ † omnia suspendit *l. pen. ff. de suis, & legitt.* Ergò post testamentum suus esse desijt, & apparuit suum esse desijsse; Desijt tamen viuo testatore, ergò audacter dici potest locum esse l. Velleiæ, & admitti nepotem ex secundo l. Velleię capite saltem ex opinione testatoris.

4 Doctores † existimant ex fictione l. Cornelię id fieri, qua fingitur eum, qui non redit, statim decessisse: sed secundùm hãc interpretationem casus non pertinet ad l. Velleiam, nam nepos tempore testamenti iam successit. Neque in proposito necesse est, recurrere ad fictionem l. Corneliæ, cum suus ex ipsa captiuitate suus esse desinat *l. seruitutem ff. de reg. Iur.* probabilior ergò videtur superior interpretatio, quam ferè tradit Picard. *ad hunc.* §

Ad §. ille casus vsque ad finem.

SVMMARIVM.

Proponitur casus, de quo in hoc §. & explicatur sententia Scæuolæ. n. 1.

Explicatur §. fin. n. 2.

1 PRoponitur † *in hoc* §. difficilis casus. Quidã filium habens, instituit nepotem nondum natum. Nepos natus est viuo testatore, deinde mortuo filio, eodem testatore viuo in locum filij suus successit. Quæritur an rumpat. Videtur

detur rumpere, nam neque ex primo, neque ex secundo capite benè est institutus. Primum caput permittit institui illos, qui sui nascentur viuo testatore. Iste nepos natus est quidem viuo testatore, sed non suus, cum istum pater præcederet, idemque testatoris filius. Secundum caput vetat eum rumpere, qui tempore testamenti natus, in locum sui viuo testatore successit; At iste nepos nõ erat natus tempore testamenti: & quod magis vrget, quamuis hoc secundum caput pertineret etiam ad illos, qui tempore testamenti non essent nati, prius tamẽ illud præcedere oporteret, vt rectè iste esset institutus. At nullo iure saltem ciuili institui potuit iste nepos nondum natus, qui natus suus non fuit, ergo vitiabitur testamentum. Cęterùm Iulianus, cuius magna fuit authoritas, duobus capitibus legis, veluti commixtis, suasit testamentum non rumpi. Nam primo capite permissum fuit, institui non dum natos. In secundo succedentes in locum sui. In hoc casu hæc duo concurrunt, ergò testamentum est substinendum, quasi rectè instituatur nepos nõdùm natus, qui suus esse speratur, suusque aliquando fit.

2 Sed † recepta hac sententia Iuliani, quęrit Scęuola *in §. fin* an si testator nepotem instituat nondum natum, is verò nascatur viuo filio, deinde emancipetur (supple filio mortuo) an sponte adire hęreditatem possit. Respondet affirmatiuè; cum enim fuerit emancipatus, suus hæres sine aditione fieri non poterit. Vndè notabimus ex sẽtentia Iuliani posse institui posthumum alienum, & eum, qui tempore natiuitatis alienus est, dummodò aliquando in locum sui successerit, quamuis postea fuerit emancipatus. Ex eo enim, quòd semel rectè est institutus, & extitit conditio institutionis, quia scilicet semel suus est effectus, licèt postea emancipetur, non inualidatur institutio.

De Diuiduis, & indiuiduis obligationibus. Plura explicantur iuris loca, & pręcipuè l. 4. §. Cato ff. de Verb. oblig. Caput. L.

SVMMARIVM.

Diuiduum quid sit, quid & indiuiduum. n. 1.
Pars alia diuisa, alia indiuisa. n. 2.
Pars diuisa quę sit, quę indiuisa. n. 3.
Fundi partes indiuisa intelliguntur. n. 4.
Seruitutes sunt indiuiduę. n. 5.
Res diuidua interdum numero diuiduntur. n. 6.
Stipulatio, vel obligatio diuidua est, vel indiuidua, pro vt diuidua, vel indiuidua res est in obligationem deducta. n. 7.
In obligationem deducuntur, vel res, vel facta. n. 8.
Res omnes, aut corporales sunt, aut incorporales. n. 9.
Corporales omnes natura sua diuiduę. n. 10.
Hęreditas diuidua est, seruitus indiuidua, & cur. n. 11.
Res corporales interdum ex constitutione promissionis sunt indiuidua, & quandò. n. 12.

Difficillimus omnium in iure nostro non sine ratione hic habetur tractatus, in quo difficiliora duntaxat attingam breuiter, & sub vno, hoc capite plura capita, plures iungam, non solùm proprijs studijs comparatas, sed ex Doctoribus etiam sumptas notabiles interpretationes, ex quibus facillimè erit omnia intelligere, & de his omnibus statuere, quæ in hoc tractatu disputantur.

1 Diuiduum † in vsu iuris dicitur, quod per partes scinditur, & diuidi potest; sicuti è contrà indiuiduum, quod partis præstationem non recipit, nec diuisum potest pręstari, vt colligitur *ex l. 2. in princ. & §. 1. l. in executione l. 4. §. Cato ff. de Verb. oblig.*

2 Partes verò aliæ certæ sunt, quę corpore ipso separatę, & diuisę cernuntur, alię sunt indiuisæ *l. rectè 25. §. 1. ff. de verb. signif. l. si quis fundum 43. ff. de aqu.*

acqu. poss. l. si quis cum totum ff. de except. rei iudic. l. placet. ff. quibus mod. vsusfructus amitt. l. 1. §. hoc interdictum
3 *ff. vti possidetis*. Pars † indiuisa, intellectu, pars diuisa corpore percipitur *l. Neuius §. duorum ff. de leg. 2.* vbi plures in vno fundo dominium obtinere dicuntur iuris intellectu, non diuisione corporis; & elegans est textus *in l. seruus cōmunis §. ff. de stipulat. seru.* vbi seruus cōmunis ità singulorum esse dicitur, *non quasi singulorum totus, sed pro partibus vtique indiuisis, vt intellectu magis partes habeant, quàm corpore*. Adde similem textum *in l. si vt certo §. si duobus ff. commodat*. Et quamuis intellectu, etiam earum rerum partes confingere possimus, quæ natura diuisionem non recipiunt, tamen in vsu iuris, nunquàm partes indiuisæ intelliguntur earum rerum, quarum emolumentum, non nisi solidum percipi potest, per partes diuisas non potest. Ex-
4 empli gratia † fundi partes indiuisæ intelliguntur *l. pro regione ff. de acqu. rer. dom.* non solùm quia ex fundo emolumentum per partes percipi potest; verùm quia, & actu, & corporaliter fundus per partes diuidi potest. Homo pro partibus indiuisis plurium est, non quia natura corporaliter diuidi, & secari possit, ità enim corrumperetur, vt de Naui respondit Casellius, *si diuidis, perdis, nec tu habebis, nec socius* sed quia emolumenta, quæ ex homine percipiuntur, diuisionem recipiunt, & per partes percipi possunt. Alioqui si intellectualis diuisio, futura perpetuò esset inutilis, vt quia effectū nullum habere posset, nunquàm
5 illa effingeretur. Sic † videmus seruitutes indiuiduas dici *l. stipulationes non diuiduntur ff. de verb. oblig.* nec partes quidem istas habere intelligi, nec quidem indiuisas, non alia sanè ratione, nisi quia hæc intellectualis diuisio omnino esset inutilis. Quid enim prodesset seruitutem fundi per prædiū intellectu in partes indiuisas secerni, cum is, cui hæc seruitus debetur, non nisi in solidum ire, ambulare possit?
6 Planè † interdum licèt partes rei, vel diuisæ, vel indiuisæ possint constitui, tamē ex mente contrahentium, quod & stipulatoribus, & promissoribus sit commodius, diuisio fit numero, veluti quando de his agitur, quę functionem recipiunt in genere suo *l. cum Stichus ff. de solut.* vel de stipulatione generum, aut operarum, in quibus eadem est ratio *l. in stipulationibus 54. in princ. & §. 1. ff. de verb. oblig.*
7 Stipulationem †, & obligationem omnem diuiduam, vel indiuiduam esse, pendet ex rebus, quę in obligationē sunt deductæ: Namque si hę diuiduę sint, diuidua dicitur obligatio, si verò indiuiduę, obligatio quoque indiuidua est *l. 2. §. 1. l. stipulationes non diuiduntur ff. de verb oblig.*
8 Res † omnes, quæ in stipulationem, vel obligationem deducuntur, vel sunt res, quę specialiter dicuntur ad differentiam factorum, vel sunt facta. Vnde Iuris Conf. *in l. 2. in princ. ff. de verb. oblig.* inquit, stipulationes quasdam in dando, quasdam in faciendo consistere, & ità distinguit facta à rebus, quæ quidē dā tur. Quamuis enim verbū facere, & dare contineat *l. verbum facere 218. ff. de verb. sign.* tamen in proposito distinguntur res à factis *§. fin. inst. tit. de verb. oblig.* vt quoties res in stipulationem sunt deductę, dicatur stipulatio in dando consistere, si verò facta, in faciendo, ità vt in proposito, facti appellatione contineatur etiam non factum *l. 2. §. pen. ff. de verb. oblig. d. §. fin. inst. tit. eod.* nam, & facere dici potest, qui se continet, ne faciat *l. qui non facit 121. ff. de reg. Iur. l. in fraudem 4. ff. quę in fraud. cred.*
9 Res † omnes aut corporales sunt, aut incorporales *inst. tit. de reb. corp. & incor-*
10 *por.* Corporales † omnes natura diuisionem recipiunt, ità vt saltem diuidantur iuris intellectu in partes indiuisas, vt cōtingit in homine *l. si stipulatus 9. §. 1. ff.*
11 *de solut.* Incorporales † quędam sunt diuiduæ, quędam indiuiduæ: Diuiduę sunt, veluti hæreditas saltem in partes indiuisas *§. hęreditas inst. tit. de hered. inst.* Indiuiduę sunt seruitutes. Cuius discriminis ratio ex paulò ante dictis intelligi potest. Quoniam enim hęreditas nobis tribuit res hęreditarias, quę diuiduę sunt, & per partes emolumentum præstant,

ſtant, ideò, & hęreditas ipſa diuiditur. At ſeruitutes non diuiduntur, quia nec per partes emolumentum præſtant; cum ſeruitute, non niſi in ſolidum vti poſſimus, vt paulò poſt dicemus.

12 Rurſus † res corporales, licèt natura omnes diuiſionem recipiant, tamen ex conſtitutione promiſſionis interdum indiuiduæ fiunt, quod tripliciter contingit.

Primò in ſtipulatione generis, vt cum hominem generaliter ſtipulor.

Secundò in alternatiua, vt cum ſtipulor Stichum, aut Pamphilum.

Tertiò in ſtipulatione conditionali, ſi res promiſſa ſoluta non ſit, pænam ſolui, nã hęc ſub pęna illa conditione promiſſa, vel potius conditio ipſa efficit, vt res primùm debita, non niſi in ſolidum ſolui poſſit, adeò vt ad pęnam effugiendam non profit pro parte ſoluiſſe. De duobus generibus prioribus agitur *in l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* De poſteriori *in l. 5. §. vltimo ff. eod.*

Tandẽ facta regulariter ſunt indiuidua.

Omnis difficultas verſatur in his, quæ indiuidua dicimus, nam diuidua quiſque facilè percipit. Itaque ex ordine de iſtis indiuiduis videbimus: Primò de rebus, quę ſui natura ſunt indiuiduæ, & quia exemplum adfertur in ſeruitutibus, de ſeruitutibus primo loco dicemus. Indè de rebus, quę ex conſtitutione promiſſionis indiuiduæ fiunt iuxta ſuprà allatam diuiſionem. Tandem de factis diſpiciemus.

Seruitutes regulariter ſunt indiuiduæ. Tolluntur quæ in contrarium obſtare videntur.

S V M M A R I V M.

Seruitutes ſunt indiuiduę. n. 13.
Qui ſeruitutem debet, tenetur pati. n. 14.
Vſus eſt indiuiduus. n. 15.
Via, itineris, vel alterius ſeruitutis pars, in obligationem deduci non poteſt. n. 16.
Stipulator ſeruitutis, obligationem in ſolidum ad vnumquemque ſuorum hæredum tranſmittit, ſicut promiſſor vnumquemque relinquit obligatum in ſolidum. n. 17.
Vſusfructus eſt ſeruitus. n. 18.
Conſiſtit in faciendo. n. 19.
Vſusfructus diuiduus eſt. n. 20.
Dare eſt Dominium transferre. n. 21.
Dominium ſine traditione non trãsfertur. n. 22.
Seruitutes prędiorum intelliguntur, cum abſolutè ſeruitutes dicuntur. n. 23.
Qua ratione inter fructuarios dicatur nulla eſſe Iuris communio. n. 24.
Vſuarius, an pro ſuo vſu poſſit fructus in vrbẽ deferre pro toto anno, & qua ratione. n. 25.
Vſus pluribus legari poteſt, & qua ratione eo caſu ſit indiuiduus. n. 26.
Seruitus in pluribus caſibus videtur diuidi, defenditur tamen indiuiduam eſſe. n. 27.
Qua ratione ſeruitus pro parte retineri dicatur. n. 28.
Qua ratione obligatio ſeruitutis, & actiuè, & paſſiuè tranſeat in ſolidum ad vnum ex pluribus hæredibus. n. 29.
Qua ratione hęres promiſſoris ſtipulatori ſolidam ſoluat æſtimationem; At hæredi ſtipulatoris æſtimatio ſoluatur pro parte. n. 30.
Qua ratione hæres promiſſoris ſolidam ſeruitutis æſtimationem, ſoluat, ſi autem defunctus promiſerit per ſe non fieri &c. ſi hæres contra faciat, omnes cohæredes pro hæreditaria portione tenentur. n. 31. remiſſiue.

13 EXemplum rerum indiuiduarum ſolet adferri in ſeruitutibus, quæ † ſine dubio indiuiduę ſunt, vt reſpondetur *in l. ſtipulationes non diuiduntur ff. de verb. oblig.* Vbi dicitur ſtipulationes non diuidi earum rerum, quæ diuiſionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, aquæductus, cęterarumque ſeruitutum. Et ſeruitutes diuiſionem non recipere ex eo poteſt intelligi, quòd ſeruitutes in vtendo conſiſtant, vel in prohibendo domino, ne ſuo arbitrio vtatur; tene-
14 tur † enim qui ſeruitutem debet, pati
15 *l. quoties §. 1. ff. de ſeruit.* Cum † autem vſus ſit indiuiduus *l. vſus pars ff. de vſu, & habitatione* neceſſe est, & ſeruitutes alias indiuiduas eſſe, cum in vtendo, & in faciendo conſiſtant, facta autem ſunt indiuidua, vt infrà dicemus ſuo loco.
16 Confirmatur † *ex l. via ff. de ſeruit.* vbi dicitur vię, itineris, aquæductus partem in obligationem deduci non poſſe: Redditur

ditur ratio; quoniam vsus eorum indiuisus est; neque enim fieri potest (exempli gratia) vt quis pro parte eat, pro parte
17 non eat. Vndè † infertur *in d. l. via* si stipulator viæ, vel alterius seruitutis decedat, vnumquemque hæredum posse solidam seruitutem vindicare. Sicuti è conuerso, si decedat promissor, ab vno quoque ipsius hæredum poterit solida seruitus peti, quod idem respondetur *in l. heredes §. an ea, & §. seq. ff. fam. ercisc.* Et seruitutes indiuiduas esse probatur *ex l. & per iusiurandum §. 1. ff. de accept. l. si is qui 80. §. 1. ff. ad l. Falcid. l. cum filius 76. ff. de leg. 2. l. 1. §. si vsusfructus ff. ad l. Falcidiam l. pro parte 11. ff. de seruitut. & passim.* ità vt hac de re dubitari non possit.

Sed vt magis naturam, & essentiam indiuiduitatis intelligamus, aliqua sunt examinanda, & resoluenda, quę in contrarium possent adferri.

18 Primò itaque † obijci potest, vsumfructum, & ipsum, seruitutem esse *l. 1. ff.*
19 *de seruitut.* Et quidem quæ † in facto, in vtendo scilicet, & faciendo consistit *l. vnica ff. quando dies vsusfruct. leg. ced.* Et
20 † tamen vsusfructus diuiduus est *l. 1. §. si vsusfructus ff. ad l. Falc. l. vsusfructus 5. ff. de vsufr.* Ergò nulla ratio est cur, & cęteræ seruitutes diuiduę non sint. Maximè, si de his agamus, quæ emolumentum continent vltrà factum, pro vt est seruitus vsus, arenę, vel cretę fodiendæ, & similes. Respondeo eum, qui acquirit vsumfructum, sicuti, & eum, qui illum legat, vel promittit, intendere constituere ius fructus percipiendi, & non respicere factum, sed emolumentum, quod ex facto percipitur, & quod post factum superest. Factum itaque fruendi non est principaliter in ipso vsufructu, sed in ordine ad aliud, videlicet ad fructus ipsos. Sicuti si quis dare pro-
21 mittat, cum † dare sit dominium tran-
22 sferre *§. sic itaque inst. tit. de act.* Et † dominium sine traditione non transferatur *l. traditionibus C. de pact.* Videtur etiam tradere promittere; Tamen traditio in obligatione non est, nec tradere, sed dare, est obligatus, nempè, quià traditio, non est in obligatione per se, sed in ordine ad aliud, & ad id, vt dominium transferatur, & res detur. Ità factum, quod in vsufructu intercedere oportet, est in ordine ad aliud, videlicet, vt fructuarius, fructus percipiendo, suos faciat, qui quidem fructus, quoniam sunt diuidui, & seruitus ipsa vsusfructus diuidua est. In alijs seruitutibus solum factum, & ius faciendi acquiritur. Et quamuis interdum ex eo facto, emolumentum sentiat, qui seruitute vtitur, tamen illud eius generis est, vt cum facto illo, & vsu absumatur. Ergo factum est in seruitute, ius faciendi habet is, cui seruitus est constituta, & duntaxat faciendi, nam post illud factum, nullum emolumentum superest, quod possit diuidi, & eatenus qui seruitutem habet, emolumentum sentit, quatenus facit, & vtitur: post vsum, post factum, ex eo facto nihil acquirit, ergò factum est in ipsa seruitute, & seruitus ipsa in mero facto consistit, quod cum sit indiuisibile, quia fieri pro parte non potest, pro parte non fieri, necesse etiam est indiuisibilem esse seruitutem. In vsufructu, vt diximus, factum est propter aliud, vt scilicet fructus acquirantur, post factum supersunt fructus, quibus quis non prò necessitatibus vti potest, sed ad compendium suos facit. Sicuti autem fructus diuidi possunt, ità diuidi potest seruitus ipsa vsusfructus, in qua principaliter fructus spectantur, non factum ipsum, quod ordinatur ad fructus acquirendos. Seruitus ergò vsus fructus diuidua est. Neque obstabit *l. stipulationes 72. ff. de verb. oblig.* Vbi omnes seruitutes dicuntur indiuiduæ. Nam, vt communiter volunt Doctores, loquitur *in ea* l. Iuris Cons. de
23 seruitutibus prædiorum, quæ † etiam in vsu iuris absolutè per excellentiam seruitutes vocantur *l. 4. ff. de seruit. iuncta l. 4. ff. de vsufr. §. fin inst. tit. de vsu. & habit.*
24 Minus obstat † *l. si cum duorum ff. de stipulat. seru.* quam obijcere solent Doctores, vt probent vsumfructum indiuiduum esse; cum enim ibi dicatur inter duos fructuarios serui, nullam esse iuris communionem, illi id ità interpretantur, vt nulla eius iuris communio sit, quæ diuidi possit, cum vsusfructus sit indiui-

diui-

diuiduus. Non (inquam) ea l. obstat, nam ibi ideo dicitur nullam iuris esse communionem, quoniam licèt vterque fructuarius sit, tamen cum vsusfructus in persona constitutus sit, & in persona sit tanquàm in suo subiecto, semel duobus concurrentibus ad vsumfructum, partes fiunt, & diuersus incipit esse vsusfructus, quem vnus habet, ab eo, quem alter habet pro diuersitate personarum argumento *l. Stipulatio ista §. si quis ita ff. de Verb. oblig.* Vndè est, ius illud in vno quoque fructuario ex propria persona extingui, si fortè moriatur, vel capite minuatur.

23 Secundò vsuarius, † cui seruitus vsus debetur, non solùm facto, & vsu fructus absumit, sed sibi accipit, & acquirit, etiam si non vtatur, vt constat *ex l. plenum §. præter habitationem l. fundi 15. ff. de vsu, & habitatione* Potest enim fructuarius ex fructibus, qui in fundo nascuntur, accipere quantum in annum sibi sufficiat, ergo statim suos facit (exempli gratia) si accipiat decem modios frumenti, quis prohibet, quo minus possit frumentum vendere? Ergo cũ statim acquirat fructus illos, quãuis non absũmat, cumque illi sint diuidui dicendum est, seruitutem vsus esse diuiduam. Respondeo pugnam olim fuisse inter nostros Iuris Consi. vt videre est *ex d. l. plenum §. præter habitationem ff. de vsu, & habitat. §. 1. inst. tit. eod.* quæ tamen pugna hodie cõciliatur facillimè, cum institutiones nostræ ex alijs locis sint supplendę, & hac de re egregie Donellus *lib. 10. Coment. cap. 24. 25.* omnino videndus. Distinguebant enim I.CC. ea quę in vsu erant ab his, quę erant in fructu, & existimabant non posse vsuarium percipere, nisi ad quotidianum vsum, & sic, quę per dies in fundo reperirentur, non quæ solerent per annum adseruari. Cęterum vicit alia sententia, vt posset vsuarius ex his, quæ in fundo nascuntur, percipere, quæ possent sibi in annum sufficere. Neque tamen ideo sequitur vsus seruitutem diuiduam esse, quamuis enim possit vsuarius accipere fructus, qui possint sibi in annum sufficere, tamen ità accipit, vt ad quotidianum vsum vtatur, non ad compendium. Et quamuis statim accipiat, non tamen statim suos facit, sed ità demum, si illis vtatur. Permittitur autem ei in vrbem fructus deferre, quia aliter non potest res expediri, nisi fortè cum maximo incommodo proprietarij, qui quotidiè eos fructus dare teneretur. Quamuis igitur fructus statim percipiat vsuarius, ad id tamen percipit, vt vtatur, & suos facit quando eos absumit, ergo vsu, & facto absumit. Post vsum nihil ei superest, quod diuidi possit. Vndè non tam suos facit fructus illos, quos in suos vsus cõuertit, quàm iure absumit; absumit autem vsu, & facto, in quo seruitus cõsistit, quod factum, cum sit indiuisibile, ipsa etiam seruitus indiuisibilis est.

24 Tertiò † potest pluribus fundi vsus legari *l. per seruum. §. fin. ff. de vsu, & habit.* quo casu necessariò vsus diuiditur, maximè, si fortè duobus fundus non sufficiat pro suis necessitatibus. Respondeo omnes in solidum vti *l. si vt certo §. si duobus ff. commod.* licèt re forsitam tota non vtantur, & licèt fructus inter ipsos concursu diuidantur, tamen adhuc vsus est indiuiduus. Aliud enim fructus est, aliud vsus. Vtitur vsuarius fructibus, sed siue fructuum maior, siue minor quantitas sit, semper vsus est indiuiduus: poterit enim forte dici vsuariũ partefructũ vti, sed dici nõ poterit his fructibus vti pro parte, vsus enim indiuisibilis est, cum quis simul vti, & non vti non possit.

25 Quartò † obstat *l. partem 25. ff. de seru. rust. præd.* vbi alienato fundo pro parte, seruitus sequitur etiam partem alienatam, ita vt si forte aquęductus debeatur, inter dominos fundi pro rata partium eiusdem fundi, aqua diuidatur, similis est textus *in l. arbor 19. §. index ff. comun. diuid.* nam inter hæredes eius, cui aquęductus debetur, diuiditur aqua. Confert textus *in l. via §. fin. ff. de seruit.* vbi dicitur vsum seruitutis temporibus secerni. Pręterea ad certam partem fundi, non solùm seruitus constitui potest, sed constituta remitti *l. ad certam ff. de seruit.* Tandem faciunt textus *in l. Lucio, & l. cum constet ff. de Aqu. quot. & ęstiu.* vbi dicitur non solùm temporibus, sed & mensuris aquam diuidi. Nec dicatur

pro

pro responsione, diuisionem aquę, vel fundi non esse diuisionem ipsius seruitutis. Nam, & ipse vsusfructus, qui est diuiduus, vt supra diximus, non alio modo diuiditur, quàm diuersis regionibus fundi assignatis *l. commun* 7. §. *cum de vsufructu ff. com. diuid.* Si ergo & eodem modo quælibet seruitus diuiditur, cur indiuidua dicetur? Respondeo, vt paulò ante dicebam, aliud esse vti pro parte, aliud vti parte. Constitui potest seruitus in parte, potest in parte remitti, & vtetur, qui seruitutem habet, parte, sed non vtetur pro parte, nec seruitus ipsa diuidetur, aut seruitutis substantia, quæ cum in facto consistat, impossibile est pro parte fieri. Neque verò ex diuisione subiecti, diuidetur seruitus; nam sicuti anima, quę est indiuisibilis, non ideò diuisibilis est, quòd diuidi possit corpus, fortè manus secari, in qua parte amplius anima non reperietur. Ità & seruitus non ideo est diuisibilis, quòd fundus, in quo est constituta, vel cui est acquisita, diuidi possit. Nam seruitus ipsa adhuc manebit integra, nec diuidetur; quicquid dicat Eguin. Baro *de diuid. & indiuid. lib. 2. cap. 2.* Iste enim hanc animæ similitudinem ideo reijcit, quòd (inquit) anima est in toto, & tota in qualibet parte. At seruitus in parte, non est tota seruitus, est quidem seruitus in totum, & in solidum, sed non est tota seruitus, sicuti ligni pars, non pro parte lignum est, sed in solidum; sed tamen non est totum lignum. Sed Baro non rectè comparat lignum cum seruitute; lignum est quid diuisibile, ideo in eo procedit, quod Baro asserit; at seruitutis substantia, & essentia, imo (vt melius loquar) seruitus ipsa, est indiuisibilis (consistit enim in facto, quod est indiuisibile) neque ex subiecti partibus, partes ipsa recipit; ergo tota seruitus erit; licet in parte sit, non erit tamé in toto, sed in parte; verùm in ea parte tota erit, vt melius Baro dicere debuerat. Allata enim similitudo, (quę primùm à Bartolo fuit adducta *in l. stipulationes* 72. *ff. de verb. oblig.* deinde communiter ab omnibus recepta) omninò quadrat, & pulcherrima est. Ergo quoties corpus diuiditur, in quo seruitus constituta est (ex. g.) quoties aqua diuiditur, commoditas quidem seruitutis diuiditur, sed non seruitus ipsa Plane vel conuentione, vel iudicis arbitrio non melius commoditas seruitutis diuidi potest, quàm per interualla, vel tempore, vel mensura. Cęterum ea diuisio iure non fit, sed ex conuentione, vel Iudicis arbitrio. Et ex conuentione, vel iudicis arbitrio seruitus nó diuiditur, sed seruitutis commoditas, quę cum nullum emolumentum pręter vsũ, & factum tribuat, diuisibilis à iure non habetur. Vnde si plures, vnius essent hęredes, quisque solidam seruitutem peteret *l. hæredes §. an ea ff. fam. ercisc. l. vię ff. de seruit.* nec posset quisque petere seruitutem per interualla constitutam. Neque obstat ea diuisione facta, diuidi seruitutem, sicuti eo modo diuiditur vsusfructus. Nam respondeo ideo diuiso fundo, diuidi etiam vsumfructum, quia, vt suprà diximus, in vsufructu fructus spectantur, qui eo iure percipi debent, & eorum valor, & emolumentum: At diuiso fundo, diuiduntur etiam fructus, qui ex eo nascuntur: ergò necessariò etiam diuiditur vsusfructus. In alijs seruitutibus factum nudũ spectatur, & vsus: post factum, nullum superest emolumentum, quod diuidi possit, ergò iure alię seruitutes non diuiduntur, nec diuidi iure possent, pro vt ex conuentione fit, vel iudicis arbitrio, quia forma mutata, alię, & alię constituerentur seruitutes. Impossibile namque est eiusdem seruitutis partes, pluribus assignari.

28 Quinto Obstat † *l. vt pomum* §. 1. *ff. de seruit. l. vnus* 34. *ff. de seruit. rust. præd. l. si quis ædes* §. 1. *ff. de seruit. vrb. præd.* licèt enim per partes non possit constitui seruitus, tamen semel constituta per partes diuiditur, si enim plures sint domini eiusdem fundi, non possunt, neque in fundo seruitutem imponere, nec fundo acquirere, nisi omnes. Cęterum si semel sit constituta, & is, cui seruitus debetur, incipiat dominus esse fundi pro parte, seruitus pro parte retinetur. Resp. ô. deo non posse fundo communi seruitutem imponi, nec acquiri, nisi per omnes

dominos, ea ratione, quia seruitus consistit in faciendo, & in vtendo re aliena, nulla autem parte vti potest rei is, cui seruitus debetur, quin vtatur re omnibus communi, res enim ipsa afficitur, & cum quęlibet minima pars sit omnium dominorum, impossibile est, vt quis vtatur duntaxat parte vnius. Seruitus enim, quamuis in iure consistat, est tamen ius faciendi, vel prohibendi dominum, quominùs libere re sua vti possit: ergò cum seruitutis exercitium consistat in facto, nec factum, vel prohibitio possit impleri, nisi in rè, & corporaliter, non intellectualiter considerata, non potest fieri, quin res tota sit affecta, ex. gr. si quis habeat seruitutem itineris, dum it, vel ambulat, attingit rem communem, & non solùm partem vnius, sed omnium, cum non intellectu eat, sed corpore. Sic si quis habeat seruitutem prospectus, vel altius non tollendi, non solùm prohibet ædificari, vel prospectum mutari in parte vnius, sed in re communi, & sic in qualibet cuiusque parte, nam quęlibet rei pars, etiam minima, omnium pro parte est. Ergò, vt rectè facere, vel prohibere possit, necesse est res tota, & omnium partes sint affectæ, alioqui, cum factum, cum prohibitio sit indiuidua, vnus dominus, cuius pars non esset affecta, impedire posset seruitutem, & sic in totum hac ratione, elusoria redderetur. Quòd si agatur de seruitute constituta tollenda, necesse est, vt omnium partes è conuerso liberentur, alioqui nulla potest esse liberatio, vt valeat argumentum à constitutione seruitutis, ad liberationem, & extinctionem. Nam quæ ratio facit, vt seruitus non possit constitui, nisi res tota sit affecta, eadem nullam reddit liberationem, quæ in omni parte non liberat, si enim is, qui partem habet, potest vti seruitute, cum seruitus indiuidua sit, vtetur in solidum, ita solidam fundo retinebit seruitutem. Ergo pro parte retinebitur seruitus, hoc tamen sensu, pro parte seruitus retinebitur, non vt pars seruitutis retineatur, sed vt ratione partis retineatur tota. Videtur tamen obstare *l. si communi* 27. *ff. de seruit. rustic. pręd.* vbi communicato eo prędio, quod communi debet seruitutem, seruitus extinguitur. Cui tamen obiecto benè Cuiacius *ad Papin. in d. l. vnus ff. de seruit. rust. pręd.* nempè ibi non de retinenda seruitute agitur, sed potius ageretur de acquirenda. Cum fundus seruiens communicatur, nullus est, qui retineat partem fundi seruientis, imo pariter ambo acquirunt fundum seruientē, ergo necesse est seruitutem extingui, perinde ac si fundus seruiens totus acquireretur domino dominantis. Videatur idem doctissimus Cuiacius, qui præclarè hac de re disserit, & plures casus distinguit *in d. l. vnus ad Papin.*

Antequàm ad vlteriora transeamus, de tribus hìc quærendum est. Primò
29 † qua ratione illud fiat, vt stipulator ad hæredes suos transmittat petitionem totius seruitutis, ità vt vnusquisque solidam petere possit: & è contra promissor vnumquemque suorum hæredum relinquat obligatum, vt eorum quilibet in solidum possit conueniri. *l. hęredes* §. *an ea* §. *seq. ff. fam. ercisc. l. vię ff. de seruit.* cum tamen certum sit, vt paulò ante dicebamus, neque acquiri, neque imponi seruitutem posse, nisi omnibus dominis consentientibus. Respondeo quantum attinet ad promissorem, ideò eum, suos relinquere hæredes obligatos, ità vt eorum quisque possit in solidum conueniri, quia necessitas id facit. Fuit obligatus defunctus, hęres eum repręsentat, non potest obligatio diuidi, ergo in solidum tenetur. Neque obstat ex alterius facto cohæredis, non posse illum, qui conuenitur, grauari *l. factum* 155. *l. non debet* 74. *ff. de reg. iur.* vt ideo, cum non possit ipse solus seruitutem constituere, videatur absoluendus. Nam imò cum ex facto defuncti teneatur, & ipse sit obligatus, si seruitus non constituatur, æstimationem ipse totam soluere debet, nec factum cohæredum, eum excusat, cum verum sit, ipsum esse obligatum, & quidem ex facto, & promissione defuncti *argumento l. inter.* §. *quod ex facto ff. fam. ercisc.* E contrà ratio, cur possit agere vnusquisque hęres stipulatoris, quamuis non possit seruitus constitui, nisi omnibus, ea est, quia eam omni-

omnibus consentientibus constitui, est quidem difficile, sed non est impossibile, difficultas autem non vitiat obligationem *l. 2. §. ex his ff. de verb. oblig.* ergo ipso iure manet obligatio, & quamuis forte seruitus constitui non possit, quia omnes nō consentiant, tamen debetur æstimatio à promissore, licèt per eum non stet, quominus seruitutem constituat. Nam sufficit, rem per rerum naturam posse præstari, vt debitor sit obligatus, etiam si per eum non stet, quominus præstet, sed per alium, vt probatur in eo, qui rem alienam dare per legatum est damnatus, si enim rem ipsam redimere non possit, nec per illum stet, debet tamen æstimationem *§. non solum inst. tit. de legatis.*

30 Secunda † dubitatio est, cur promissoris etiam vnicus hæres ex pluribus totam æstimationem stipulatori soluat *l. heredes §. contrà ff. fam. ercisc. l. 2. ff. de prætor. stip. l. 2. §. ex his ff. de verb. oblig.* At verò hæres stipulatoris æstimationem non totam consequatur, sed pro parte hereditaria *l. heredes §. an ea ff. fam. ercisc.* Respondeo promissoris vnumquemque hæredem, solidam seruitutem petenti debere, ergo non mirum, si solidam præstet æstimationem, quia æstimatione præstat loco seruitutis. Solidam seruitutem debet stipulatori, & in solidum stipulatoris interest, seruitutem sibi constitui, ergo solidam consequi debet stipulator æstimationem. At licet hæres stipulatoris agat ad solidam seruitutem, tamen si seruitus non præstetur, non in solidum eius interest, quia non eius solius interest, sed pro parte, ergo cum æstimatio diuidi possit, partem æstimationis debet consequi: Alioqui, si promissor solidam deberet æstimationem, à pluribus hæredibus conuentus separatim pluries vnius seruitutis, plures solueret æstimationes, quod esset absurdum; meritò igitur ea adhibetur distinctio *l. 4. §. si fundus ff. si seruit. vendic.*

31 Tertia † est dubitatio, cur hæres promissoris solidam debeat seruitutis æstimationem stipulatori: at verò si defunctus promiserit, *per sè non fieri &c.* si vnus heres contraueniat, non ipse solus est obligatus, sed omnes pro portione hereditaria tenentur. Sed opportunius erit dubitationem hanc resoluere infrà cum de factis agemus, & obligatione quæ propter non factum nascitur.

An in obligatione generis, & alternatiua singulæ species sint in obligatione.

SVMMARIVM.

Afferuntur multa argumenta, vt probetur in obligatione generis, vel alternatiua, singulas species in obligatione esse, aut saltem ex posteriori solutione apparere, quid anteà deberetur. n. 32. & seq.

Qui debet Stichum, aut decem, & soluit quinque, ità demùm debita soluisse videtur, si postea alia quinque soluat. n. 33.

Solutione eius, quod debetur, contingit liberatio. n. 34.

Aliud pro alio solui nō potest, nisi volenti. n. 35.

Qui debet hominem incertum, vnum soluendo, liberatur. n. 36.

Optione serui legata, nullum potest heres manumittere. n. 37.

Qui hominem legat, & Stichum adimit, extenuat legatum. n. 38.

Legato homine in genere eidem ex duorum testamentis, ille homo à primi solutus harede, non potest ab herede alterius rursus solui. n. 39.

In stipulatione alternatiua, si vnus ex deductis in stipulationem fuerit stipulatoris, is solui non potest, quamuis eius esse desierit. n. 40.

Quod ius in alternatiua obligatione, idem in obligatione generis n. 41.

Qui debet Stichum, aut Pamphilum, non potest alterum manumittere. n. 42.

In stipulatione alternatiua, singula res ad obligationem ponuntur. n. 43.

In alternatiua id debitum fuisse intelligitur, quod postea soluitur. n. 44.

Qui illud, aut illud promittit, duas res dicitur promittere. n. 45.

Quid illud, aut illud debet, potest constituere alterum se soluturum. n. 46.

Homine in genere debito, si vnus soluatur, tota tollitur obligatio. n. 47.

Qui debet Stichum, aut Pamphilum, potest alterius

terius, si prestari non possit, soluere æstimationem. n. 48.

Qui ignorans electionem habere, vnum soluit, vel vindicat, non potest voluntatem mutare. n. 49.

Adferuntur fundamenta pro contraria parte. n. 50. & sequ.

Homine in genere debito, potest solui is, qui fuerat stipulatoris, si eius esse desierit. n. 51. 52.

Res legata prestanda qualis est. n. 53.

Legato homine in genere, hæres si alienum soluerit, de euictione tenetur. n. 54.

Legatum conditionale ad heredes non transmittitur. n. 55.

Legatum generis transmittitur. n. 56.

Conditio tacita, quę venit ex mente testatoris, conditionis vim habet. n. 57.

Obligatio generis non tollitur, si quis faciat pactum de Sticho non petendo, nec quidem per exceptionem. n. 58. secus est in alternatiua ibidem.

Si testator, qui Stichum, aut Pamphilum legauit, viuus donet Stichum, Pamphilus manet in legato. n. 59.

Donatio extinguit legatum. n. 60.

Legatum extinguitur, si viuus testator illud soluat. n. 61.

Homine legato, qui Pamphilum repudiauit, rursus eumdem petere potest. n. 62.

Qui vnum hominem debet, potest, quos vult manumittere. n. 63.

Seruus sub conditione legatus, manumitti non potest. n. 64.

Resoluitur quæstio. n. 65.

Lex nunquàm frustrà operatur. n. 66.

Qui hominem stipulatur, incertum stipulatur. n. 67.

Resoluuntur contraria. n. 68. & sequ.

Obligatio alternatiua est pura sicuti, & legatum. n. 69.

In legato generis, vnius rei legatum vertitur. n. 70.

In alternatiua obligatione, vna res prestanda. n. 71.

Legata, cur duo dicantur, si alternatiuè legatum sit. n. 72.

Ex stipulatione alternatiua, incertum debetur. n. 73.

Ex stipulatione alternatiua non debetur, nec solui potest is, qui tempore stipulationis, stipulatoris fuerit, licèt eius esse desierit, secus in stipulatione generis, redditur differentiæ ratio. n. 74.

Explicatur l. si vnus §. sed si stipulatus ff. de pactis. n. 75.

Adfertur ratio decisionis l. 5. & 6. ff. qui & à quibus. n. 76.

Debitor est, à quo inuito, pecunia exigi potest. n. 77.

Si legatum sit, quod pupillus debet, legatarius id consequitur quod a pupillo fuerit solutum. n. 78.

Debitum aliquando intelligitur ex mente testatoris, quòd naturaliter tantum debetur. n. 79.

Constitutum pro solutione est. n. 80.

Qui electionem soluendi habuit, & ignorans vnum soluit, an possit vindicare, & aliud soluere. n. 81.

IVxtà ordinem suprà propositum, videndum nunc esset de indiuiduitate obligationis alternatiuæ, vel generis, sed de his, quia maximam habent similitudinem, & eadem etiam in his viget ratio, simul agemus; Et anteà premittemus: primò quid veniat in obligationem, si promittat quis in genere, quid prestare, aut alternatiuè hoc, vel illud; secundò an eligente promissore vnum præstare, ità illud debeatur, vt non possit voluntatem mutare.

32 Quantum † pertinet ad primum videtur dicendum in obligatione generis, singulos homines esse in obligatione, aut saltem, ex solutione declarari quis fuerit in obligatione, & idem etiam de alternatiua sentiendum videtur.

33 Primò † id probatur *ex l. si non sortem §. si decem ff. de condict. indeb.* vbi quidam debebat decem, vel Stichum, soluit quinque: Quæritur, an in illis quinque sit liberatus. Respondetur in pendenti esse, & si soluet reliqua quinque, iam apparebit priora quinque debita fuisse, si verò soluet Stichum, illa quinque tanquàm indebita vindicabit; ergò posterior solutio comprobabit, an debita, vel indebita quinque illa primùm soluta, fuerint.

34 Secundò † solutione non quauis, quis liberatur, sed solutione eius, quod debetur *inst. tit. quib. mod. toll. oblig. in princ.*

35 Namque † aliud pro alio, solui non potest, nisi forte volenti *l. 2. §. mutui datio ff. si cert. pet. l. cum à quo 16. cum l. sequ.*

qu. Cod. de solut. At verò in obligatione generis, solutione cuiusuis, & huius hominis (ex. gr.) debitor liberatur sicuti etiam in obligatione alternatiua; ergo ille homo, qui soluitur, erat in obligatione, & debebatur.

36 Tertiò † probatur *ex l. cum incertus ff. de leg.* 1. vbi dicitur, quoties homo incertus, & in genere legatus est, & vnum heres soluit, perinde liberari, ac si ille legatus esset.

37 Quartò † confirmatur *ex l. 3. ff. qui, & à quibus* vbi dicitur optione serui data, vel generaliter homine legato, non posse heredem, aliquem seruum manumittere, ratio redditur, quia electione legatario data, quodammodo singuli serui sub conditione legati videntur, ergo in stipulatione, vel legato generis, lex in omnibus speciebus inducit obligationem saltem conditionaliter, ità vt hoc, vel illo soluto, videatur, qui solutus est, & anteà in obligatione fuisse.

38 Quintò † *ex l. qui hominem ff. de adim. leg.* vbi dicitur eum, qui hominem legauit, & posteà adimit Stichum, non extinguere legatum, sed extenuare, ergo dicendum est, & Stichum in obligatione fuisse, alioqui legatum non minueretur.

39 Sextò † validissimum est argumentum *ex l. Meuius §. non idem ff. de leg.* 2. vbi si duorum testamentis, homo sit legatus, & ab vnius hærede, Stichus (ex. gr.) sit solutus, non potest à Secundi hærede, idem Stichus legatario solui; redditur ratio, quoniam *legatum hominis orationis compendio singulos homines continet.* Subdit Iur. Conf. & sicuti legato hominе, is non continetur legato, qui legatarij fuit, ità nec is continebitur, qui posteà illius esse cæperit, quamuis deindè fuerit alienatus. Sicuti ergò in casu prędicto, si Stichus fuisset legatarij, non esset comprehensus in legato, quia res mea mihi legari non potest *l. 1. ff. de reg. Caton.* ità nec poterit præstari quamuis post factum testamentum cęperit legatarij esse. Ergo, quamuis posteà eius esse desierit, nec præstabitur. At Stichus cępit esse legatarij ex solutione facta a primo hęrede, ergo statim desijt esse in obligatione ex alio testamento; ità vt quamuis fuerit alienatus, non possit ab hærede, ex secundo testamento, obligato solui. Ex hoc textu colligitur homine in genere legato, singulos homines legatos intelligi, adeò vt in illis legatum non consistat, qui nominatim, & expresse legari non possent, ergo lex in vnoquoque inducit obligationem. Alioqui si non induceret, nulla ratio esset, cur qui meus fuit, mihi præstari non posset posteà à mè alienatus, neque enim potuisset in eo legatum vitiari, quod nullum in eo fuisset, *argumento l. 5. §. 1. ff. de iniust. rupt.*

40 Septimò † confirmatur *ex l. qui decem §. stichum ff. de solut.* Vbi si quis stipulatus fuerit Stichum, aut Pamphilum, cum Pamphilus ipsius esset, quamuis posteà Pamphilus ipsius esse desierit, non tamen liberabitur promissor, Pamphilum dando. Redditur ratio à Iur. Conf. *neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio:* Ergo ad hoc, vt alternatiua stipulatio valeat, necesse est, vt in vtroque consistat obligatio, ergo vterque est in obligatione. Quod si verum est in alternatiua obligatione, verum etiam erit in obligatione generis, cum † eadem in vtraque sit ratio, & ideò idem in vtraque ius *l. cum te 32. §. fin. ff. de cond. indeb. l. 2. §. & harum l. in executione ff. de verb. oblig.* 41

42 Octauò † facit *l. cum. hæreditas §. in fin. ff. qui, & à quibus.* Vbi dicitur eum, qui debet Stichum, aut Pamphilum, & nihil aliud in bonis habet, non posse Stichum manumittere, nisi prius dederit Pamphilum, alioqui in fraudem creditoris faceret, nam mortuo Pamphilo, nihil posset creditor consequi: secus esset, si Pamphilum duntaxat deberet, nam posset Stichum manumittere, quamuis similiter Pamphilus mori posset. *Multum enim interest* (inquit Iur. Conf.) *an contineatur ipsa stipulatione is, qui manumittitur, an extrà obligationem sit.* Subdit exemplum de Sticho, & Pamphilo pignori datis, & de Sticho solo &c. Itaque ex hoc textu colligitur in alternatiua stipulatione, rem vtramque esse in obligatione, nam Stichus in obligatione continetur in casu *d. l.* neque extrà obligationem est, ergo

ergo est in obligatione.

43 Nonò probatur † *ex l. si duo 128. ff. de verb oblig.* vbi fuit quis stipulatus Stichũ, aut Pamphilum, non constitit obligatio in Pamphilo, quia erat stipulatoris: Quæritur, an si eius esse desierit, possit solui, ità vt ea solutione, promissor liberetur. Responderur non posse, & ratio ea redditur, *quia vtraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.* Idest (vt rectè ad eam l. interpretatur Donellus) vtraque res deducitur in stipulationem, vt in obligatione fit, non vt in solutione duntaxat *argumento l. miles §. 1. ff. de re iudicata*, ergo si vna in obligatione esse non possit, nec potest solui. Itaque in alternatiua, vtraque res est in obligatione, ergo idem dicendum in obligatione generis.

44 Decimò probatur † *ex l. vt hæredibus 50. §. si Titius ff. de l. 2.* vbi debebatur alicui Stichus, aut decem. Legauit Stichum sibi debitum. Quęritur an valeat legatum. Respondetur valere, si fortè debitor, Stichum soluerit, quasi ex solutione appareat, & anteà debitum, alioqui nec posset deberi, quamuis solutus, nisi debitus fuisset *l. si sic §. fin. ff. de leg. 1.* Sicuti legatum non valet, quando nulla res est, quę legatur *l. cum post §. gener ff. de iure dotium*, ergo si decem maluerit debitor soluere, euanescet legatum Stichi; itaque in eiusdem debitoris erit arbitrio legatum, vel confirmare, vel infirmare; Vndè in eodem casu, si testator vni Stichum, alij decem sibi debita legasset, posset debitor, quem mallet, efficere legatarium, prout scilicet, vel Stichum, vel decem solueret. Neque obstat *l. quod si quis 76. ff. de leg. 1.* vbi in simili casu respondetur vni actionem deberi, alteri ęstimationem, vel Stichi, vel Pamphili, nam ibi (vt rectè post Accursium, interpretatur Cuiacius ad Iulianum) electio erat testatoris, eiusdemque creditoris. Itaque, cum posset vnum, vel alterum cum effectu legare, prò vt vellet, cum nulla ratio esset, cur potius vnus legatarius electionem haberet, quàm alter, ea accipitur interpretatio, vt legatum in vtroque valeat, & vni actio, alteri eius ęstimatio præstetur, qui electus non est. *In d.l. vt hæredibus §. si Titius ff. de leg. 2.* agitur de eo casu, quando electio erat debitoris: Itaque is solus debitus dici poterat, qui à debitore eligeretur.

45 Vndecimò potest † afferri *l. ait Prętor §. & si fine ff. de minor.* Vbi qui illud, aut illud promisit, dicitur duas res promisisse, ergo, & qui hominem promisit, intelligitur omnes homines promisisse.

46 Duodecimò probatur † *ex l. illud, aut illud ff. de const. pec.* Vbi si quis illud, aut illud promiserit, potest debitor sè alterutrum soluturum, promittere, & constituere se soluturum, & ex constituto obligabitur. At certũ est, nõ posse constitui, nisi quod debetur *l. 1. §. 1. ff. de const. pec.* ergò cum in altera rè, valeat constitutum, dicendum est, eam deberi: Idem dici posset in debitore hominis, qui sinè dubio posset constituere sè Stichum soluturum.

47 Tertiòdecimo † Doctores afferunt textum *in l. & per iusiurandum §. si quis hominem ff. de accept.* vbi dicitur, si quis hominem promiserit, & accepto tulerit Stichum, totam tolli obligationem. Vndè intelligitur, non solum tolli obligationem, quę erat inducta in Sticho, sed totam, idest eam, quæ in alijs singulis hominibus erat inducta.

48 Decimoquartò † *ex l. cum res §. sed si Stichus ff. de leg. 1.* si enim Stichum, vel Pamphilum debeat quis, & alter istorum, vel absens sit, vel apud hostes, ità vt solui non possit, potest tamen solui æstimatio. At verò æstimatio soluitur eius, quod debetur, si illud pręstari non possit *§. non solum inst. tit. de leg.* Ergo, & ille est in obligatione; non ex eo, quòd soluitur, cum imò ponamus, solui non posse, sed ex eo, quòd in stipulationem alternatiuè fuerit deductus.

49 Decimoquintò probatur † *ex l. is cui 19. ff. de leg. 2.* nam si is, cui Stichus, aut Pamphilus debebatur ex legato, putans Stichum sibi solùm legatum, illum vindicauerit, non potest amplius vindicationem mutare. Sicuti & si hæres damnatus esset, Stichum, aut Pamphilum dare, & dedisset Stichum ignorans, non posset illum repetere, vt Pamphilum solueret. Sanè non alia ratione, nisi quia debi-

debitum soluit, non quòd fecerit ipsum debitum esse solutione (quia cum esset ignorans, & non consentiens, non potuit videri suę electioni renuntiasse) sed qui à anteà esset in obligatione, quod solutum est. Vndè cum debitum fuerit solutum, contingit liberatio, & cessat repetitio *l. Neratius 63. l. cum is 32. §. 1. ff. de cond. indeb.*

50 Sed † quamuis hæc multa sint, possunt tamen in contrarium validissima adferri fundamenta.

51 Et primò † textus est inuincibilis *in l. qui decem §. Stichum ff. de solut.* Vbi si quis hominem in genere fuerit stipulatus, potest debitor, & promissor eum hominem soluere, qui tempore stipulationis fuerat stipulatoris. Ergò is homo non potest videri ab initio in obligatione fuisse, neque ex post facto fingi id potest, ex eo scilicet, quòd fuerit solutus. Nam frustrà rem nostram stipulamur *l. nemo ff. de verb. oblig.* Simile etiam est, quod *in eo §.* subijcitur, si quis fuerit stipulatus vnus ex his seruis, quos Sempronius reliquit, & Sempronius tres reliquerit, inter quos vnus fuerit stipulatoris. Quęritur enim ibi, si duo illi, qui Sempronij erant, decesserint, an in tertio maneat obligatio, an stipulatio deficiat. Respondetur deficere. Nisi ante mortem aliorum desierit esse reliquus seruus stipulatoris. Ergo si ante mortem illorum desierit stipulatoris esse, ille peti potest, ergo ab initio, cum ex pluribus, vnus deberetur, nullus erat in obligatione, nec quidem ità, vt ex solutione futura appareret quid anteà deberetur. Nam si id ità esset, cum ab initio obligatio in eo seruo, qui stipulatoris erat, non posset consistere, nec valeret solutio, quæ ostenderet illum eumdem anteà in obligatione fuisse. Ad quem textum frustrà conatur respondere Cuiacius *in l. Manius §. aurorum ff. de leg. 2.* Nam, & textùm emendat, & responsio ad secundum casum non satisfacit, vt probat Faber *coniect. lib. 2. cap. 15.*

52 Secundò † similis textus est *in l. si quis duos ff. de solut.* vbi si quis duos homines promiserit, & soluerit Stichum, qui postea stipulatoris esse desierit, potest rursus eumdem hominem soluere, & soluendo liberatur; ergo in duobus non est inducta obligatio, tantum abest, vt inducta sit in singulis: alioqui solutione vnius, licèt pluries facta, non posset debitor liberari, qui duos, non vnum eumdem pluries deberet.

Tertiò, † si legato homine in genere, quilibet homo censeretur legatus, & in vnoquoque induceretur obligatio, posset hęres vnum ex his dando, qui testatoris non esset, vel furtis, aut noxijs esset alligatus liberari, nec de euictione

53 teneretur. Quisquis enim ità dandus est, pro vt est *l. si à substituto §. fin. ff. de leg. 1. facit l. si seruus Titij in princ. ff. eod. tit.*

54 Sed †, sic est, quòd legato homine in genere, hęres, si eum dederit, qui testatoris non fuit, tenetur de euictione *d. l. si à substituto §. fin. ff. de leg. 1. l. qui concubinam §. si hęr. s ff. de leg. 3. l. hęres seruum ff. de euict.* Ergo homine in genere legato, non quilibet legatus videtur, nec in quolibet inducitur obligatio, nec quidem ex post facto videlicet ex ipsa solutione, & pręstatione.

Quartò quoties homo deducitur in stipulationem, vel legatur, si quilibet homo esset in obligatione, certè dici non posset vnumquemque deberi, alioqui non vnus, sed plures deberentur, ergò ad summum obligatio esset in vnoquoque cōditionalis; si scilicet solutus esset, alioqui frustrà lex induceret obliga-

55 tionem. At † si legatum esset conditionale, non transmitteretur ad hęredes, si forte ante solutionem, & sic antè impletam conditionem legatarius decessisset *l. si cum hęres 4. ff. quando dies leg. cedat.*

56 Quod est falsum, quia † scilicet legatum hominis, ad hęredes transmittitur *l. hęredes §. incerto ff. fam. ercisc. l. nec semel § si cui homo ff quando dies leg. ced.* Ergò falsum etiam est, legatum esse conditionale. Nec dicatur hanc tacitam esse conditionem, quę non impedit transmissionem. Nam licèt tacita, veniret tamen

57 ex voluntate testatoris, ideò † impediret transmissionem *l. quod purè ff. quand. dies leg. ced.*

58 Quintò † facto pacto de non petendo Sticho, si homo debeatur, non ideò debitor

bitor per exceptionem liberatur *l. si vnus § sed si stipulatus ff. de pactis*. Cum tamen, si debeatur Stichus, aut Pamphilus, facto pacto de non petendo Sticho, liberetur debitor per exceptionem, vt stipulator, nec Pamphilum cum effectu petere possit, ergò non alia id fit ratione, nisi quia in alternatiua obligatione, vtraque res est in obligatione, secus in stipulatione generis. Ex quo textu deducitur saltem in stipulatione generis, species singulas non esse in obligatione, quicquid dicendum esset de stipulatione alternatiua.

59 Sextò † Si quis in suo testamento legauerit Stichum, aut Pamphilum, & viuus legatario Stichum donauerit, in obligatione manet Pamphilus *l. huiusmodi 84. § si Titio Stichus ff. de leg. 1.* Nempè quia nunc solus Pamphilus præstari potest *l. Stichum, aut Pamphilum in princ. & §. 1. ff. de solut.* Ergò Stichus non erat in obligatione, alioqui si in obligatione
60 fuisset, & legatus fuisset ex † donatione à viuo testatore facta, legatum euanuis-
61 set *l. rem legatam ff. de adim. leg.* Sicuti † euanescit, quando viuus testator, rem legatam legatario prestat *l. Lucius Titius ff. de leg. 2.*

62 Septimò probatur † *ex l. homine ff. de optione legata*, vbi homine legato, si legatarius repudiauerit Pamphilum, dicitur nihil agere, ideò rursus eumdem petere potest. Ergò Pamphilus non debetur alioqui semel repudiatus, peti amplius non posset, neque enim potest primùm quis legatum repudiare, & rursus pœnitere, sed prima attenditur repudiatio, nisi fortè is sit, qui in integrum potest restitui.

63 Octauò † qui vnum ex seruis suis promisit, potest ex his manumittere, quos vult *l. Iulianus 6. ff. qui, & à quib.* Sicuti, & potest qui Stichum, aut Pamphilum debet, Stichum manumittere, si soluendo sit, vt in fraudem manumittere non videatur, ergo Stichus non est in obligatione, alioqui manumitti non pos-
64 set, & ab obligatione eximi; nec † quidem si sub conditione esset debitus *l. seruum ff. de manumiss.*

65 Quid dicendum? Ego † veriorem existimo secundam hanc sententiam, licèt agnoscam aliqua argumenta pro ea allata, omnino non concludere. Et existimo in stipulatione generis, & quoties vnus ex genere debetur (ex. gr.) homo, non singulos homines esse in obligatione, nec quidem eorum quemque sub conditione, si solutus fuerit. Sed in obligatione esse hominem incertum, & vnũ ex hominibus, pro vt etiam in stipulationem ità est deductus. Esse autem singulos homines in solutione, adeò vt quisque ipsorum solui possit, ità vt, dum vnus soluitur eo tempore, quo soluitur, appareat id solui, quod in obligatione est, non vt retrò fingatur in obligatione fuisse, sed vt tempore, quo soluitur, appareat id solui, quod debetur. Debetur enim homo, homo incertus, vnus ex hominibus, qui quidem ità incertus deberi potest, licèt solui certus debeat. Ergo dum (ex. g) debitor soluit Stichum, iam soluit hominem, & vnum ex hominibus, ergo soluit, quod debet. Stichum anteà non debebat precisè, vt potè qui poterat quemlibet soluere. At si velit Stichum soluere, soluit quod debet, nempe vnum hominem. Ergò quo tempore Stichus soluitur, apparet id solui quod debetur, licèt antequàm soluatur Stichus, nec debeatur, nec peti possit. Inò postquam fuerit solutus, nec retrò videatur in obligatione fuisse, nam etiam retro vnus homo incertus in obligatione fuit, non Stichus. Idem dicimus de obligatione alternatiua, in qua non vtrumque, sed alterutrum debetur; itaque dum alterutrum soluitur, apparet id solui, quod debetur, nec tamen opus est id, quod soluitur, retrò fingi in obligatione fuisse.

Quod verò id ità sit, probatur. Quo-
66 niam † lex nunquã frustrà operatur *l. hac autem in princ. ff. si cui plusquam per l. falcid.* & ad id plura possent cumulari, quæ satis sunt nota. At frustrà lex in stipulatione generis induceret obligationem in vnaquaque specie, cum vna tantum sit præstanda, ergo non est dicendum eam l. induci. Nec etiam dici debet legem in vnaquaque specie inducere obligationem sub conditione. Nam si ità esset,

set, nulla species, nullus homo in exemplo suprà allato peti posset, nec quidem incertus, nam prius esset, vt impleretur conditio, videlicet, vt quis esset solutus, quàm vt aliquis deberetur, ergo nec homo in genere peti posset, quoniam ea obligatio esset conditionalis, & ante impletam conditionem agi non potest *l. cedere diem ff. de verb. sign.* Ergo superest l. inducere obligationem ad hominem præstandum incertum, qui ex solutione certificabitur, vt probatur *ex l. vbi autem ff. de verb. oblig. in princ.*

67 Vbi † si quis hominem stipulatus fuerit, dicitur incertum in obligationem deduxisse, & quamuis, non nisi certus solui possit, tamen eo tempore, quo soluitur, apparet solutum, quod erat in obligatione: nempè in obligatione (exempli gratia) vnus homo erat, vnus etiam homo solutus est. Cęterum nulla fit retrotractio, vt ille, qui soluitur, retrò in obligatione fuisse fingatur, vt probatum fuit suprà *ex l. qui decem §. Stichum ff. de solut.* ex quo textu ad ità sentiendum præcipuè moueor, sicuti, *& ex l. si quis duos ff. eod. tit.* Hoc eodem argumento vti possumus in obligatione alternatiua.

68 Neque † obstant, quæ in contrarium fuerunt allata. Nam ad primum respondeo. Licèt aliqua sit differentia inter obligationem generis, & alternatiuam, de qua infrà dicam; tamen, & in alternatiua non vtrumque deberi; sed alterutrum, ità vt neque ex post facto fingatur retrò speciem solutam, in obligatione fuisse. Si enim id ità esset, contingeret in alternatiua, pro vt & in alijs, in quibus ex post facto declaratur, quid antea fuerit, nempè diceretur esse in pendenti quid deberetur, & esset conditionalis obligatio.

69 Cum † tamen certum sit puram esse *l. eum qui certarum §. 1. ff. de verb. oblig.* Sicuti purum est legatum *l. illud, aut illud ff. de opt. leg. l. nec semel §. penult. ff. quand. dies leg. ced.* Itaque ad illum textum respondeo, eum, qui soluit quinque, dum debet decem, vel Stichum, in quinque non liberari, quia fieri potest, vt soluat Stichum, ergo in pendenti est liberatio. Si enim soluat reliqua quinque, iam apparebit, & priora quinque debita eum soluisse, sed tunc debita, cum sunt soluta, non ab initio contractæ obligationis. Itaque posterior solutio comprobabit, an priora quinque debita, an indebita soluta sint. Nempè & in obligatione alternatiua, debetur alterutrum, & dum vnum eorum soluitur, apparet solui, quod debetur, non tamen, vt retrò deberi illud idem, quod soluitur, fingatur, sed vt tunc cum soluitur, appareat debitum solui. Ergo, si is, qui decem, aut Stichum debet, cum quinque prius soluerit, reliqua quinque postea soluat, apparebit iam, & prima quinque debitè soluta, ità vt rectè dici possit solutum, quod debebatur, quia scilicet alterutrum debebatur, & alterutrum est solutum. Non ergo differt obligatio generis, ab alternatiua, quia sicut † in legato generis,
70 vnius rei legatum vertitur *l. si Pamphilo ff. de opt. legata* & in stipulatione, vnica
71 res debetur. Ita † & in alternatiua, vnica res venit præstanda, & vnica res est in obligatione, eaque incerta *d. l. vbi au-*
72 *tem §. qui illud ff. de verb. oblig.* Neque † obstat *l. planè § pen. ff. de lig. 1. l. Lucio 23. ff. de leg. 2.* Nam ibi duo legata dicuntur, idest duæ res legatæ, sed alternatiuè. Vtilitas est, vt possit legatarius vsumfructum acceptare, repudiato fundo, cum tamen alioqui, si vna res esset legata, & vnum esset legatum, non posset partem legati accipere, partem repudiare *l. 2. cum sequ. ff. de leg. 2.*

Ad secundum patet responsio ex dictis, nam eo tempore, quo vnus soluitur, apparet solui debitum, licèt anteà pręcisè non deberetur, cum electio esset debitoris, qui potuit vnum hominem soluendo, liberari.

Ad tertium respondeo aliud esse, dicere eum, qui Stichum soluit, perindè liberari, ac si ille esset legatus, aliud ex solutione Stichi retrò videri fuisse Stichum in obligatione. Qui debet hominem incertum, & Stichum soluit, liberatur, & si effectum inspiciamus, perindè liberatur, ac si ipse Stichus esset legatus, & postea solutus.

Ad quartum resp. electione data serui

vel legato homine (per legatum scilicet vindicationis) vnum duntaxat hominem legatum esse, qui declarabitur, & certificabitur ex vindicatione, & electione legatarij. Cęterum vi ipsa (vt loquitur Iuris Consf. *in l. qui decem §. Stichum ff. de solut.*) videri singulos sub illa conditione legatos, si hunc, vel illum eliget legatarius. Est quidem legatus homo, & in obligatione pura, est homo incertus, certificandus ex legatarij electione, sed si effectum inspiciamus, perindè est, ac si quisque legatus esset sub ea conditione, si legatarius vindicabit, quia scilicet pro arbitrio potest quem mauult legatarius vindicare. Ergò verè singuli serui sub conditione legati non sunt, sed videntur quodammodo legati, si effectum scilicet inspiciamus. Planè animaduertendum, licet *in d. l. 3.* coniungantur legatum optionis, & generis, tamen omninò separanda esse, & quę nos diximus, ad legatum generis pertinere; nam legatum optionis olim erat conditionale. Legatum generis purum, vt benè docet Cuiacius *ad l. 5. ff. de leg. 1.*

Ad quintum respondeo. Ideo extenuari legatum, quia legatus homo est per vindicationem, vt ille textus est intelligendus, ergo poterat ipse legatarius eligere, & quem mallet vindicare. Si testator adimat Stichum, non adimit totum legatum, sed extenuat, & minuit, videlicet, quia non amplius licebit legatario, Stichum optare, ergo restringitur legatum, sed non tollitur.

Ad sextum omissa responsione Fabri *coniect. cap. 15. lib. 2.* qui asserit discordes fuisse Iuris CC. & Antinomiam admitti, & etiam responsione Cuiacij *in l. Mauius §. duorum ff. de leg. 2. ad Papin.* quem refutat Faber *d. cap. 15.* Respondeo ego in eo textu agi de duabus causis lucratiuis, quę concurrunt circa eamdem rem, quæ efficiunt, ne eadem res pluries acquiri possit ex causa lucratiua *§. si res aliena inst. tit. de leg.* Itaque in §. antecedenti, nempè *in §. duorum* ponitur duorum testamento, Titio legata pars fundi Tusculani, qui fundus alienus erat, & communis primi, & secundi. Inquit Iuris Consf. plurimum interesse, vtrum in testamento vtriusque, legata sit nominatim pars primi, an verò simpliciter ab vtroque testatore pars fundi illius. Primo casu, statim atque ex testamento vnius, Titius partem primi est consequutus, statim extinguitur legatum ex testamento alterius, adeo vt, quamuis Titius legatarius, partem illam alienaret, tamen non posset rursus ex alio testamento illam consequi, ratio est, quia eamdem partem consequeretur, quam semel fuit consequutus. At si vterque testator, partem fundi Tusculani absolutè, & sine præfinitione legasset, quamuis partem vnius ex dominis, legatarius ex vnius testamento accepisset, tamen si dominus illius esse desijsset, posset rursùs eamdem partem accipere pro secundo legato, ratio ea redditur *in d. §. duorum: quoniam plures in vno fundo dominium Iuris intellectu, non diuisione corporis obtinent.* Nempè ratio hæc est, quoniam parte legata, nulla certa pars legata est, neque hęc, neque illa, quia magis intellectu pars percipitur, quàm corpore. Ergo si hęres soluat partem fortè primi, & legatarius dominus eius partis esse desinat, poterit hæres secundi, eamdem partem soluere. Ratio est, quia hęc pars, quæ soluitur, non eadem est, quæ est legata in vtroque testamento: eadem pars dici posset, si cerneretur, si certa esset. Certa autem non est, cum iuris intellectu percipiatur, ergo non potest dici eamdem partem esse legatam, potest enim intelligi alia, & alia pars in hoc, & illo testamento legata, cum præcisè non sit legata hæc, vel illa pars, quę primi sit, vel secundi, ergo dici non poterit in eadem re, duas causas lucratiuas concurrere. Quamuis enim bis pars eadem sit soluta, & quidem pars certa, tamen soluitur certa pars pro legato incertę partis; cum autem legata illa duo non possint dici eiusdem rei, quamuis pars eadem sæpius soluatur, tamen non potest dici eam acquiri ex duabus causis lucratiuis. Nam defungitur vice alterius rei, & hæc, quæ soluitur, non est legata, sed soluitur vice partis incertę, quæ legata est. In summa dicere non possis hanc eamdem in vtroque te-

stamen-

ſtamento legatam, cum nulla certa ſit legata; & ità illum §. benè explicat Cuiacius.

Subdit Iur. Conſ. *in §. non idem* non idem dicendum homine legato in genere in duorum teſtamentis, nam ſi ex vnius teſtamento, legatarius Stichum conſequatur, non poteſt hæres alter, eumdem ex alio teſtamento ſoluere, quãuis Stichus legatarij eſſe deſierit: nempè ratio eſt, quia concurrerent in eadem re duæ cauſę lucratiuę, quamuis enim ſit legatus homo in genere, *tamen orationis compendio homine legato omnes homines continentur*, quod ità intelligendum eſt, vt vi ipſa, ſinguli legàti videantur, & ſi mentem teſtatoris, & effectum inſpiciamus, vt vi ipſa dicitur *in d. l. qui decem ff. de ſolut. §. Stichum* non quod ità ſint legati, vt in illis ſingulis inducatur obligatio. Ergo cum vi ipſa, ſinguli videantur legati, ſi vterque hæres, eumdem hominem ſolueret, videretur ſoluere eumdem, duorum teſtamentis legatum. Nam cum Stichus à primo ſoluitur, dici poteſt ſolui, quod legatum eſt, & cum rurſus ſoluitur à ſecundo, dici poteſt ſolui, quod legatum eſt, ergo idem legatum in duorum teſtamentis videbitur, & ſic duę cauſæ lucratiuæ obſtabunt. Nec quid faciet, legatum eſſe in vtroque teſtamento hominem incertum, ſicuti quandò legatur pars fundi, incertum legatur. Nam larga eſt differentia inter partem, & homines. Pars omnino eſt incerta, quia nec cernitur, nec dum ſoluitur, neceſſe eſt certam ſolui, cum ſolui poſſit pro indiuiſo. At homines ſunt certi, & non niſi certi ſolui poſſunt, & nullus homo incertus eſt, qui non ſit hic, vel hic, vel ille, &c. ergo nullus homo videri poteſt legatus, qui ſimiliter non ſit hic, vel hic, vel ille, &c. Itaque ſi ſoluatur Stichus à primo, & rurſus Stichus à ſecundo, iam dici poterit eumdem ſolutum ex duabus cauſis lucratiuis, & eumdem, qui legatus eſt, nam vi ipſa in vtroque teſtamento Stichus legatus eſt, cum vi ipſa, poſſint videri ſinguli homines legati. Diuerſum eſt in parte, cum pars fundi legatur, quę intellectu concipitur, nec pars Titij, vel Sempronij legatur, ſed pars omnino incerta, quæ ità incerta conſiſtit, & concipi poteſt. Et quamuis dum pars Titij ſoluitur, quodammodo certum quid ſoluatur, tamen ſoluitur, non quod legatum eſt, vel legatum fingatur, ſed quod rectè fungitur vice partis legatæ, ergo ſi eadem pars rurſus ſoluatur, non tamen rurſus ſoluitur, quod legatum eſt in alio teſtamento. Nam legata eſt pars, quæ in intellectu conſiſtit, & ſeparatur à parte huius, & huius hominis, & rectè ſic ſeparata intelligitur; quod non ità in homine eſt, quia nullus intellectu homo percipitur, ſed, vel hic, vel hic, vel ille, ideò verò incertus dicitur, quia ignoratur quis ſoluendus illorum ſit. In ſumma homo in genere non eſt, qui differat ab his, qui ſunt in ſpecie, quia homo non exiſtit realiter in noſtro intellectu, at pars fundi in intellectu conſiſtit, & ſuum eſſe habet in intellectu, & ſic rectè in genere conſideratur.

Itaque nondum aliquid eſt in eo textu, quod obſtet, quamuis ibidem ſubijciatur, quod in legatis dictum eſt, etiam in ſtipulationibus locum habere.

1 Verùm hæc verba videntur negocium facere poſſe. *Vtque ab initio non conſiſtit in his, qui legatarij fuerunt, ità fruſtra ſoluitur, cuius dominium poſteà legatarius adeptus eſt, tametſi legatarius poſteà dominus eſſe deſierit.* Quæ verba id ſignificare videntur, legatum generis ab initio in his non conſiſtere, quę legatarij fuerunt, & ſic aduerſatur hæc deciſio *l. qui decem §. Stichum ff. de ſolut.* quamuis enim *in d. l. Mævius §. non idem ff. de leg.* 2. agatur de legato, tamen idem ſubijcitur in ſtipulationibus dicendum. Verùm pro reſponſione animaduertendum eſt, ea verba neceſſariò eſſe interpretanda, nam ſi abſolutè intelligantur, omninò falſum enunciant. Quamuis enim verum ſit, ab initio legatum non conſiſtere in his rebus, quæ legatarij ſunt, tamen non illud verum eſt taltem abſolutè in illis rebus, quæ legatarij eſſe cęperunt; non enim ideò ſtatim defecit legatum, imo diſtinguendum eſt, an ex cauſa lucratiua res legata, effecta ſit legatarij, an ex cauſa oneroſa, vt ſi qui-

dem ex causa lucratiua, verum sit legatum intercidere, & extingui, quia non possunt circa eamdem rem duæ causæ lucratiuæ concurrere. At verò si effectus sit dominus rei legatæ ex causa onerosa, legatum non intercidit, imò adhuc res ipsa petitur, quam tamen, cum accipere legatarius non posit, accipit eius æstimationem *§. si res aliena, vbi Gloss. & communiter DD. Inst. de leg.* Itaque si res legata desijsset esse legatarij, nulla esset dubitatio, quin illam consequi posset. Quod si verum est in legato expresso, & in re expresè legata, multò magis obtinebit in legato generis. Itaque etiam si legatarius effectus sit ex causa onerosa dominus Stichi, tamen si eum alienauerit, poterit hęres eumdem Stichum soluere, ergo non est dominium, quod impedit rem eamdem solui, sed causa lucratiua. Itaque cum interpretationem, & moderamen, ea verba requirant. Ego ità illa interpretor; vt sicut legatum (non repeto generis, sed accipio legatum absolutè, in quo res expresè legata est) non consistit in his, qui legatarij sunt, legatum scilicèt expresè de illis factum; ità nec consistet solutio illius, qui iam ex alio testamento solutus est. Iam enim procedit comparatio, quia ex eo, quòd fuerit solutus, perinde est, ac si expressè, & nominatim fuisset legatus, & si à secundo hærede solueretur, similiter appareret debitum esse illum ex alio testamento, ergò concurrerent duę causæ lucratiuæ, quòd fieri non potest, ergò idem operatur acquisitio ex causa lucratiua, quòd operatur ab initio dominium rei legatæ, vt suprà. Vel si verba illa *neque ab initio non consistit* accipere velimus de legato generis, ità ea intelligo, vt legatum non consistat in his, qui legatarij fuerunt, quo ad solutionem, ità vt ab initio illi solui non possint, quia scilicèt iam legatarij sunt. Et sicuti quo ad solutionem, ab initio non consistit in his, qui legatarij fuerunt, quia ab initio solui non possunt, ità nec solui poterit is, qui semel effectus fuerit legatarij ex causa lucratiua iuxta id, quod suprà fuerat tractatum, quamuis ille idem legatarij esse desierit, quia semper ea causa obstat, & dominium semel acquisitum, semper consideratur, & obstat non minus, quàm obstet dominium, quod habet legatarius ab initio, id est quandiù dominus est. Ibi enim ideò illi solui non possunt, quia dominus est; hic, quia dominus semel effectus ex causa lucratiua; ergò ibi legatum non consistit ab initio, idest dum legatarius dominus est, hic nũquàm consistit, si dominus semel legatarius fuerit effectus, sed ex causa lucratiua. Ergò retinemus tanquàm verissimam decisionem *d. l. qui decem §. Stichum ff. de solut.* vt si quis stipulatus fuerit hominem in genere, possit debitor soluere etiam illum, qui stipulatoris fuerit, dummodo ipsius esse desierit, quamuis vi ipsa non censeatur stipulator illos comprehendere, qui in suo dominio sunt, ità enim intelligenda sunt verba illa textus *vi quidem ipsa, &c.* vbi verbum illud *stipulatus* passiuè accipitur. Vt scilicet eo non obstante, quod vi ipsa non censeatur stipulator, eos deduxisse in stipulationem, qui in dominio ipsius erant, tamen promissor liberetur, soluendo etiam vnum ex his, qui stipulatoris fuerant. Ratio autem est, quoniam in stipulatione generis, vnus homo debetur, non hic, vel ille, sed vnus. Ergo lex inducit obligationem hominis incerti, quæ non vitiatur in illo, qui fuit stipulatoris, quoniam nec ille deductus est in stipulationem, sed vnus homo. Si contingat eum hominem, qui stipulatoris erat, eius esse desinere, rectè soluetur, nam soluetur vnus homo. Itaque soluetur, quod debetur. Neque obstabit dominium, quo semel fuit stipulatoris, quoniam nunc quando soluitur, stipulator dominus non est, quandò verò stipulatoris erat, in obligatione non erat, nec fuerat vnquàm in obligationem deductus. Nec id nouum est, vt rectè soluatur id, quod ab initio solui non potuisset. Nam & in stipulatione conditionali id contingit, potest enim quis expresè rem propriam sub conditione stipulari, ità vt ea debeatur, si desierit stipulatoris esse tempore existentis conditionis *l. si rem meam 31. ff. de verb. oblig. facit l. cætera §. 1. ff. de leg. 1.* nempè ab initio nõ vitiatur

tiatur stipulatio, quia nec ex stipulatione ab initio debetur: quandò verò incipit ex stipulatione, ex voluntate contrahentium deberi, cessat impedimentum, quia res amplius stipulatoris non est. Sic non consisteret quidem obligatio in seruis stipulatoris, si illi in stipulationem essent deducti, ita vt oporteret obligationem circa illos inducere. Sed in nullo homine præcisè inducitur obligatio, duntaxat in incerto, ergo si quando seruus, qui fuerat stipulatoris, desijt eius esse, & ità nullum adest impedimentum, soluitur, iam apparet debitum illum solui, quo tempore nullum adest impedimentum.

Ad septimum respondeo, quod ibi dicitur, neutrum constitisse, nec obligationem, nec solutionem intelligi de obligatione alternatiua, non de obligatione
73 præcisa. Nam † etiam in stipulatione alternatiua verum est, non esse vtrumque in obligatione, sed alterutrum, & incertum *l. vbi autem § qui illud ff. de verb. oblig.* non enim vtraque res in obligatione esse dicitur, sed dicitur poni ad obligationem *l. si duo ff. de verb. oblig.* idest ità ponitur, vt si soluatur, intelligi possit solutum, quod debebatur, vt suprà diximus.

74 Planè † animaduertendum est inter stipulationem alternatiuam, & stipulationem generis multum interesse, nam alternatiua non consistit in re, quę stipulatoris est; obligatio autem generis ità consistit, vt qui stipulatoris fuit, rectè solui possit, si eius esse desierit, *d. l. qui decem §. Stichum ff. de solut.* Rationem diuersitatis non inuenio, qui assignet, & assignare difficillimum puto. Meo tamen iudicio, diuersitatis ratio hęc est, quia in stipulatione alternatiua, nominatim, & expressè plures res deducuntur in stipulationem, ità vt obligatus sit promissor ex illis vnam dare, ergo oportet, vt lex iuxta voluntatem contrahentium, promissorem obliget dare vnam ex illis & dinumeratione facta hanc, vel illam. At verò si facienda sit hæc dinumeratio, apparebit circa rem illam, quę stipulatoris est, non posse obligationem constitui ab initio, ergo quo ad illam vitiabitur stipulatio, ità vt, cum inutiliter sit deducta in stipulationem, nunquàm solui possit. Ponè enim, stipulatus quis fuit Stichum, aut Pamphilum, Stichus est ipsius stipulatoris. Si obligatio consistat, necesse est, vt stipulator petat sibi Stichum aut Pamphilum dari. At non potest petere sibi Stichum dari, cum iam dominus sit, ergo frustrà alternatiuè peteret. Solum igitur Pamphilum petere poterit, quia alioquin oporteret, vt nominatim Stichum peteret, qui ipsius est, ideò peti non potest. Ergo si obligatio, si actio ab initio non consistat, nunquàm Stichus peti poterit. In obligatione generis non ità est, non fit hominum dinumeratio, sed homo in genere deducitur in stipulationem. Lex obligat promissorem ad vnum hominem pręstandum, non vlterius progreditur, neque in his vitiat obligationem, qui sunt stipulatoris, quia nec hi sunt in stipulationem deducti, sed homo quilibet, vnus homo. Ergò cum obligatio in istis ab initio non vitietur, si ex post facto desinant esse stipulatoris, solui ipsi potuerunt, nam, & si ab initio stipulator hominem peteret, non ideò peteret illos, qui sunt in suo dominio. Et ea est vis factæ, vel non factæ dinumerationis, vt si Sempronius reliquerit tres seruos, & aliquis stipuletur vnum ex seruis, quos Sempronius reliquit, licèt inter illos tres, sit vnus stipulatoris, tamen si ipsius esse desierit, possit ille solui, & solui omnino debeat, si antè duorum reliquorum mortem, desierit esse stipulatoris, & solus superfit *d. l. qui decem §. Stichum ff. de solut.* Nempè quando quis stipulatur vnum ex his, quos Sempronius reliquit, lex inducit obligationem ad vnum incertum pręstandum, nec improbat obligationem in illo, qui est stipulatoris, quia id non est necessarium, cum vnus peti possit, & vnus pręstari sinè vitio, quamuis inter illos sit vnus stipulatoris. Qui enim petit vnum hominem, non ideò illum petit, qui ipsius est petentis, imo vnum petit ex his, qui solui etiam possit, sicuti is, qui petit hominem, cum homo in genere ei promissus est, ergo rectè ab initio agit, nec vitiatur obligatio, vel petitio in homine, qui stipulatoris est, quia circà illum,

nihil

nihil lex agit, illum interim non considerat, nec necessarium est considerare. Ergo si cum ille stipulatoris esse desierit, vnus homo petatur, & ille præstari poterit, quia verum est, & illum ex his esse, qui à Sempronio fuerat relictus, & is est, qui præstari sine vitio potest. At qui petit Stichum, aut Pamphilum, vt consistat alternatiua hæc obligatio, necesse est, vt possit præstari, vel hic, vel ille: at hic non potest præstari, quia stipulatoris est, ergo alternatiua non consistit. Idem esset, si plures quàm duo essent alternatiuè in stipulationem deducti, nam eadem ratio adesset. Ergò plurimum interest etiam in hac parte, vt in alijs pluribus partibus iuris, vtrum quid sit expressum, an tacitè veniat.

75 Et † ex hac ratione intelligitur ratio diuersitatis, de qua *in l. si vnus §. sed si stipulatus ff. de pactis*. Si quis stipulatus fuerit Stichum, aut decem, & faciat pactum de non petendo decem, ei obstat exceptio in totum, ità vt nec Stichum consequi possit. At si hominem in genere quis fuerit stipulatus, & faciat pactum de non petendo Sticho, in nihilo ei obstat exceptio. Ratio diuersitatis inter stipulationem alternatiuam, & generis ea est, quia in alternatiua, si quis fecerit pactum de nō petendis decem. Aut solum Stichum petit, & non potest: plus enim causa peteret *§. si quis agens vers. huic autem inst. de Action.* Aut petit decem, vel Stichum, & ab ea petitione repellitur, quia non potest ità intendere sibi decem, vel Stichum dari oportere, cum ab ea petitione, pactum ipsum, petentem reijciat, vt exceptio, quę obstat in parte, totam petitionem repellat. At in obligatione generis non ità est. Qui fecit pactum de non petendo Sticho, dum hominem petit, rectè agit, nec quid est, quod opponi ei possit: quamuis enim Stichū petere non possit, non tamē Stichum petit, qui hominem petit: Imò, si electionem haberet petēdi hominem, quem mallet, rectè Pamphilum peteret virtute stipulationis, & obligationis sibi acquisitę. Idem esset in stipulatione alternatiua, si electio esset stipulatoris, nam quoniam tūc posset vnam duntaxat rem petere *l. vbi autem §. qui illud ff. de verb. oblig.* si fecisset pactū de non petendis decem, & peteret Stichum, rectè ageret, & nulla ei obstaret exceptio. Vnde verissimum existimo, si quis fuerit stipulatus vnum ex seruis, quos Sempronius reliquit, & fecerit pactum de non petendo Sticho, tamen adhuc vnum hominem ex illis petere posse, ea ratione, quia non ideo petit Stichum, cuius nulla mētio fit.

Ad octauum respondeo, quamuis in alternatiua stipulatione, vtraque res non sit in obligatione, tamen verum esse, vtramque non esse extra obligationem, cum vtraque ad obligationem ponatur, vt solui possit, imò vt debeat, si res alia pereat, & iam vnica supersit, quam necesse est, esse in obligatione, cū iam incipiat apparere hanc solam præstari posse, vt hoc sensu, & hac ratione, rectè dici possit in stipulatione contineri res alternatiuè in stipulationem deducta. Planè † quantum 76 pertinet ad textum illum. Aliquod aliquando mihi fecerat negocium, quod ibi dicitur, non posse eum, qui nihil aliud in bonis habet, quàm Stichum, aut Pamphilum, & solum stipulatorem creditorem habet, manumittere Pamphilum, quia manumittendo Pamphilum, deteriorem faceret conditionem creditoris, vt potè cum si Stichus moreretur, non posset amplius Pamphilum petere, iam liberum factum. In l. verò sequenti subijcitur posse tamen Pamphilum manumitti, si manumissor soluendo sit. Quid interest soluendo sit manumissor, nec ne, cum ex vi ipsius obligationis prohibeatur manumittere, & vtroque casu deteriorem faciat creditoris conditionem? Respondeo id interesse, quia licèt quis debeat Stichum, aut Pamphilum, non tamen ius aliquod in Sticho, aut Pamphilo, creditori est constitutum: sed dominus adhuc pleno iure debitor est, & hac ratione potest de re sua ad libitum disponere. Itaque non solùm Pamphilum, sed & ambos posset manumittere *argumento l. pen. ff. de pactis, & l. si quis ita 135. §. ea lege ff. de verb. oblig.* creditori sanè teneretur ad interesse *d. l. si quis ita §. ea lege*, sed tamen liberos seruos suos faceret. Itaque, si quis debeat Stichum

chum, aut Pamphilum, non dubium est manumittendo Pamphilum, deteriorem facere conditionem creditoris, sed si soluendo sit, poterit à creditore conueniri ad id, quod sua interest manumissum nõ esse; itaque in fraudem creditoris non facit, qui manumittit. At qui in bonis nihil aliud habet, quàm Stichum, aut Pamphilum, manumittendo Pamphilum, facit in fraudem creditoris. Nam si Stichus moriatur, Pamphilum amplius petere non poterit, nec consequi poterit, quod sua interest, non fuisse Pamphilum manumissum, quia iam nihil debitor in bonis habet. Ergo cum in fraudem creditoris fiat, lex AElia sentia impedit libertatem.

Ad nonum respondeo, vtramque rem ad obligationem deduci, vt esse possit in obligatione, & tanquàm debita soluatur, non vt statim vtraque debita sit. Nam interim neutra præcisè debita est, sed ex solutione apparebit debitam solui, vt suprà dictum est.

Ad decimum respondeo testatorem, qui legat Stichum, qui sibi debetur, eo modo legare videri, quò sibi debitus est, & omnem causam legare videri ipsius Stichi, omne ius, quod ex illa obligatione alternatiua in Sticho habet. Itaque si à debitore Stichus soluetur legatario debebitur: sin minus, nihil legatarius consequetur. Sic videmus rectè testatorem legare, quod sibi pupillus debet, cum tamen pupillus, qui sine tutoris authori-
77 tate contraxit, nihil debeat. Vt † pote à quo inuito pecunia exigi non potest *l. de-*
78 *bitor ff. de verb. signific.* Ergo † intelligitur legasse testator, quod sibi naturaliter debetur, ità vt, si fortè id fuerit à pupillo maiore facto solutum, legatario debeatur *l. cum illud §. hęres meus ff. quand. dies leg. ced.* Nam ex subiecta materia
79 intelligenda sunt verba testatoris, ex † cuius voluntate debitum interdum ad id, quod natura debetur, referendum est, maximè ex subiecta materia *l. quib. §. dominus ff. de cond. & dem.* Sępè enim testatores abusiuè loquuntur *l. non aliter §. pen. ff. de leg. 3.* Ergò si testatori Stichus, vel decem debeantur, abusiuè loquitur, dum legat Stichum, qui sibi debetur, intelligitur tamen legare omne ius, quod habet ex stipulatione alternatiua ad consequendum Stichum. Itaque si debitor Stichum soluerit, is ex voluntate testatoris magis, quàm ex proprietate verborum, legatario debebitur.

Ad vndecimum facilis est responsio: Qui hanc, vel illam rem promittit, duas res promittit, sed alternatiuè.

80 Ad duodecimum respondeo † constitutum, vice solutionis esse *l. 1. § an potest ff. de const. pecun.* Ideò sicut aliud pro alio, volenti solui potest, ità & aliud prò alio constitui. Sicuti autem, si vna res soluatur ex deductis in stipulationem alternatiuè, ea debita soluitur, ità & debita in constitutum deducitur.

Ad decimum tertium respondeo eo sensu tolli totam obligationem, quòd cum hominis appellatione, non solus Stichus contineretur, sed quilibet solui posset: tamen solutione Stichi liberatur, ità vt nullus amplius sit soluendus. Similis textus *in l. si vnus §. sed si stipulatus ff. de pact.* Itaque tota obligatio tollitur, obligatio scilicet generis, sicuti tota tollitur alternatiua, vno soluto.

Ad decimumquartum respondeo promissorem ideo soluere ęstimationem, quòd electionem habeat, quam sine sua culpa amittere non potest, nec debet. Itaque si absens sit seruus, & eum soluere eligat, & velit promissor, illum debitum intelligi, rectè ęstimationem soluet rei debitæ, quia propter electionem, & solutionem, debita effecta est.

Ad decimumquintum, & vltimum respondeo, imò ex eo, quòd Pamphilus vindicatus sit, vel solutus, debitum solutum esse, non quòd anteà fuerit in obligatione, sed quia solutione facta, apparuit id solutum, quod solui potuit. Ideò
81 † ex sententia Celsi non esse condictioni locum, quę tamen pugnabat cum sententia Iuliani, & Papiniani, vt constat *ex l. cum is. 32. §. qui hominem ff. de cond. indeb.* Nobis tamen hæc pugna negocium non facit, cum Iustinianus expressè comprobauerit sententiam Iuliani, & Papiniani: Celsi autem, & Marcelli sententiam reiecerit. Ex eodem fonte est, quod legitur *ex l. si non sortem §. pen. & fin.*

& *fin. ff. de cond. indeb.* Nam Celsus existimabat ideò non posse debitorem condicere, quòd iam creditor, qui acceperat rem vtramque, reus erat effectus. Eadem ratio faciebat, vt si vnam debitor rem soluisset, repetere non posset, iam enim incipiebat actor esse,& qua ex causa, si nondum soluisset, habebat electionem,eadem ex causa,rei solutę repetitionem, & rei condicendæ electionem non habebat. Sed Iustinianus magis Iuliani,& Papiniani sententiam probat,alia reiecta *in l.pen.C.de condict. indeb.*

Qui debet Stichum,aut Pamphilū,vel hominem in genere,si vnum dare elegerit, tamen adhuc alium soluere potest.

SVMMARIVM.

Qui hominem in genere debet, vel Stichum, aut Pamphilum, licèt dicat vnum soluere velle,potest tamen mutare voluntatē. n. 82.

Qui stipulatur Stichum,aut Pamphilum, quem voluerit, semel eligere potest, at si dixerit, quem volam,etiam pluries. n. 83.

Electio regulariter est debitoris. n. 84.

Si hæres sit damnatus dare Stichum,aut Pamphilum,quem volet, mutare amplius non potest voluntatem, semel vno electo. n. 85.

Refertur Donelli interpretatio ad l. huiusmodi §. Stichum ff. de leg. 1. *& l. statu liberum §. fin. ff. de leg.* 2. *n.* 86.

Reprobatur. n. 87.

Refertur expositio Cuiacij. n. 88.

Reijcitur. n. 89.

Adfertur Authoris interpretatio. n. 90.

Reijcitur. n. 91.

Alia ab Authore subijcitur responsio. n. 92.

Qui debet hominem in genere, vel alternatiuè Stichum, aut Pamphilum,vnum offerendo,liberatur,si ille idem pereat postquam à creditore fuit recusatus. n. 93.

An is ipso Iure liberetur, an ope exceptionis, remissiuè. n. 94.

QVantum pertinet ad secūdum, quod prmittere proposuimus. Verissi-
82 mum est † licere ei, qui debet hominem in genere,vel qui debet Stichum, aut Pamphilum, licèt fortè dixerit Pamphilum se dare velle, mutare voluntatē, & Stichum soluere, vel in obligatione generis quemlibet alium hominem. Probatur id apertissimè *ex l.qui ex plurib.* 106. *& l.eū qui certarū* 138. *§.*1. *ff. de verb. oblig.* quibus in locis hæc res deciditur.

Secundò confirmatur *ex l. si non sortem §. si decem ff. de cond. indeb.* Nam, & is, qui decem,aut Stichum debet,licèt quinque soluat,& sic videatur eligere decem soluere, tamen adhuc mutare voluntatē potest,& soluere Stichum. Si igitur nec quidem obligatio inducitur in re soluta pro parte, multò minus obligatio ad rem præstandam inducetur, si duntaxat promissor, rē aliquam, se soluturum dixerit.

Sed aliqua sunt, quæ videntur in contrarium validè vrgere.

Primò videtur dicendum, non licere promissori voluntatem mutare, ducto
83 argumento à stipulatore. Nam † sicut stipulator, qui Stichum,aut Pamphilum stipulatur, quem voluerit,non habet amplius facultatem eligendi, si semel elegerit *l. si quis stipulatus* 112. *ff. de verb. oblig.* Ità idem videtur dicendum in promisso-
84 re, qui † soluendi eum,quem mauult,habet electionem *l. plerumque ff. de iure dotium.* Respondeo tamen multum interesse quibus verbis stipulator sibi reseruauerit electionem. Si enim dixerit *promittis mihi Stichum,aut Pamphilum,quem voluero,* verum est,si semel voluerit, non posse amplius voluntatem mutare,idque ex proprietate verbi. Habet enim verbum *voluero* aliquid præteriti admixtum, nec solùm futurum designat. Itaque si semel in futurum voluerit, iam velle amplius non poterit; Indè enim incipiet apparere, eum voluisse, vt stipulatus est. At si dixerit *promittis mihi Stichum, aut Pamphilum quem volam* poterit etiam si semel voluerit, mutare etiam pluries voluntatem, quoniam verbum *volam* futurum designat, nec quid preteriti habet admixtum. Tractum habet successiuum, & extensiuum est *l. filij ff. ad Tertullian.* & hęc ratio redditur *in d. l.* 112. *ff. de verb. oblig.* Adde responsionem, quam ad sequens obiectum adferemus.

85 Secundò igitur † validissimum est obiectum *ex l. huiusmodi* 84. *§. Stichum ff. de leg.* 1. *& l. statuliberum in fine ff. de leg.* 2. vbi si testator legauerit Stichum, aut Pamphilum, vtrum hæres volet, si semel

hæres

hęres voluerit, mutare voluntatem non potest, sed is, qui electus est, in obligatione est, adeo vt si moriatur fine heredis culpa, ille liberetur.

86 Donellus†, & alij etiam multi respondent, aliud esse in vltimis voluntatibus, aliud in contractibus. In vltimis voluntatibus, si testator dixerit *Stichum, aut Pamphilum vtrum hęres volet, dato*, licèt verbum sit extensiuum; tamen statim atque hæres voluit semel recta via transijt legatum in legatarium, qui dominium quæsiuit *l. legatum ff. de leg. 2.* cui inuito non potest auferri *ex regula l. quod nostrum ff. de reg. Iur.* Adferunt *l. apud Auphidium ff. de opt. legata*, Vbi si testator legauerit alicui vestes, quas volet, si semel optauerit, non poterit mutare voluntatem, quia prima testatione, omne ius suum consumpsit, & iam dominus earum, quas elegit, factus est. Verùm

87 † responsio ista non satisfacit; si enim verbum illud *volet* est extensiuum, vt diximus, non debet lex statim atque semel hæres voluit, dominium transferre in legatarium, & auferre hęredi mutandæ voluntatis facultatem, ei à testatore datam. Prætereà legatum recta via transire in legatarium, verum est in legato per vindicationem. Cęterum si agatur de legato per damnationem, ex eo duntaxat personalis actio ex testamẽto acquirebatur legatario, nec antè dominus efficiebatur, quàm rem legatam ab hęrede accepisset; vt intelligi potest ex his, quæ diximus suprà *cap. 19.* At verò in ll. in contrarium adductis agitur de legato damnationis. His enim verbis vsus fuerat testator, *Stichum, aut Pamphilum vtrum heres meus volet, dato.* Ex quibus certum est, induci legatum damnationis, teste Vlp. *in frag. tit. 24. §. per damnationem.* Nec ad rem facit textus *in l. apud Auphidium.* Ibi enim agitur de legato optionis: semel autem optare licet *l. 5. in princ. ff. de leg. 1.* Ratio esse potest, quia qui optabat, sibi vindicabat, & sumebat legatum, vndè dominium ipsius consequebatur; quæ ratio cessat in legato per damnationem.

88 Iacobus † Cuiacius *in l. huiusmodi §. si cui homo ff. de leg. 1.* in summa respondet, differentiam constituendam inter debitorem, & creditorem. Nam si creditor fuerit stipulatus Stichum, aut Pamphilum, quem volet, potest variare, quia, & si vnum eligat, nullum ius acquirit. At non potest debitor, quia statim atque vnum eligit, se adstringit legatario.

89 Cęterum † peto ego à Viro Doctissimo, qua ratione statim se obstringat hęres, qui vnum eligit, cum ex illis verbis, *quem volet* data sit ei facultas voluntatem mutandi?

90 Cogitabam† an responderi posset, olim differentiam fuisse inter legatum per vindicationem, & per damnationem; Sed differentias istas legatorum à Iustiniano sublatas §. *sed olim inst. tit. de leg.* qua ratione, quantum fieri potuit à Triboniano, alijsque compositoribus, fuisse differentias istas in ff. suppressas, licèt multa remanserint fragmenta. Ergo Tribonianus respiciens ad constitutionem Iustiniani, cum in legato per vindicationem statim dominium transiret, qua ratione mutari voluntas non potuit *d. l. apud Auphidium ff. de opt. leg.* quamuis ageretur de legato per damnationem idem ipse reposuit, cum iam esset constitutum, idem ius in legato per damnationem esse seruandum.

91 Verùm † obstat huic interpretationi, quod dicebamus suprà, non debuisse dominium transferri statim atque semel voluerit hæres, cum ex illis verbis *quem volet* data esset facultas mutandę voluntatis. Neq; ad rem facit *l. apud Auphidium.* Nam ibi non erat data facultas optandi per ea verba, *quem volet*, sed verba legati optionis erant *optato, eligito*, vt testatur Vlpianus *in fragm tit. 24. §. optione autem.* Itaq; non mirum, si statim electione facta, dominium transiret in legatarium, maximè, quia optando vindicabat, quod non ità dicendum fuisset in alio legatario, cui facultas data esset mutandę voluntatis. Is enim vnum eligendo, illum non vindicasset, cum alium vellet posse consequi.

92 Itaque† responderem ex sententia Iur. Conf. *in l. eum qui certarum 138. §. 1. ff. de verb. oblig.* aliud esse dicendum in voluntate expressa, aliud in ea, quæ inest. Si quis fuerit stipulatus Stichum, aut Pamphilum, promissor poterit sæpe

Hh mu-

mutare voluntatem, quia tacitè inest, vt possit dare, quem velit, aliud dicendum in voluntate expressa, tunc enim mutare non posset. In casu legum in contrarium allatarum voluntas fuit expressa, *utrum hæres meus volet*. Ergo non potest hæres mutare voluntatem. Sed labor est in assignanda ratione differentiæ inter voluntatem istam expressam, & tacitam. Existimo hanc esse. Quando quis stipulatur, simpliciter hoc, vel illud, neutrum illorum præcisè stipulatur, sed illorum alterum, & illud incertum, ex solutione certificandum, vt diximus suprà. Si ergo promissor dicat velle se vnum præstare: non tamen illud debebitur, quia id non venit in stipulationem, quod debitor vellet, sed hoc, vel illud; Non potest autem solus promissor dicendo, se velle vnum dare, efficere, vt illud in obligatione sit. Sanè ex ipsa stipulatione, eorum alterum præstandum est. Et quoniam regulariter electio debitoris est, poterit debitor soluere, quem volet: sed solutione se liberabit, & ex solutione apparebit debitum solui, non ex voluntate, quia ei concessum non est, vt possit debitum efficere nuda voluntate. Hæc enim lex non fuit stipulationis, alioqui stipulatio fuisset conditionalis, & is solus deductus esset in stipulationem, qui esset à debitore electus. At non vnus, sed alteruter in stipulationem deductus est, & pura fuit stipulatio *l. eum qui certarum §. 1. ff. de verb. obl.* At si voluntas sit expressa, iam ex voluntate, ex mente contrahentium licebit promissori eum debitum efficere, quem ipse volet, ità enim lex dicta est à contrahentibus. Igitur in proposito testator legat Stichum, aut Pamphilum, vtrum hæres volet, non poterit hæres mutare voluntatem. Ratio est, quia voluntas ipsa expressa aliter consideratur, quam consideretur tacita, quæ inest. Tacita, quę inest, solutioni inest, non obligationi, vt iam explicauimus. At expressa inest, & ponitur ad obligationem inducendam, ideò non mirum, si diuersi sequantur effectus. Quando testator ità legat *Stichum, aut Pamphilum utrum hæres uelit, dato*. His verbis constituit legatum, agit de obligando hærede, & ità obligat, vt præstet vtrum volet. Conditionale ergo legatum est, & non anteà inducitur obligatio, quam hęres voluerit. Aut saltem (neque enim legatum conditionale esse satis tutò asseri potest) hoc est certissimum, voluntatem illam ex sententia testatoris, id efficere, vt is solus debitus sit post electionem, qui eligetur; Agitur ergo de inducenda obligatione ex illa voluntate, vt constat *ex d. l. huiusmodi §. Stichum*: nam si electus sine culpa hæredis moriatur, hęres liberatur. Et ità omnino dicendum, quia nunquàm verba in testamento adiecta, ità sunt interpretanda, vt sint otiosè addita *l. si quādo cum similibus ff. de leg. 1.* Si ità intelligerentur ea verba *vtrum hæres volet*, vt ad solutionem referrentur, essent otiosè addita, ergo intelligenda sunt, vt prolata sint ad restringendam obligationem in eo, qui fuerit electus. Si verò ità ea intelligamus, quamuis verbum *volet*, sit extensiuum, tamen ex subiecta materia, ex voluntate testatoris, non poterit hæres variare. Ratio est, quia alioqui nunquàm in obligatione esset ille, quem eligeret hęres, & sic voluntas inutiliter obligationi adijceretur. Hac ratione idem fortè dici posset in stipulatione, si quis stipularetur Stichum, aut Pamphilum, quem volet debitor, quia censeretur obligationi voluntas addita ex dictis, ne alioqui frustrà ea verba essent expressa. Dices cur ergo, si stipuletur quis Stichum, aut Pamphilum, quem volam, poterit stipulator variare? Deberet, & in hoc casu is esse in obligatione, quem semel elegisset stipulator. Respondeo quoties stipulator exprimit sibi dari, quem volet, id exprimere, vt sibi electionem seruet, quę alioqui ad debitorē spectaret, ergò non vt is in obligatione constituatur, quem ipse elegerit semel, sed vt eligere possit, quis sibi soluatur. Hanc verò electionem sibi necessariò reseruat, quam alioqui non haberet, & id intendit, vt electionem sibi reseruet. Ergò multum interest quibus verbis vtatur. Nam si dixerit *quem voluero* semel eliget. Si *quem volam* poterit variare ex proprietate verbi *d. l. 112. ff. de verb. oblig.* quia scilicet constat ex mente con-

te con-

te contrahentium, ea verba ad electionē addita. At quando exprimitur voluntas promissoris, vel hæredis, cum ea alioqui solutioni insit, intelligendum est expressam esse, & additam obligationi, & ideò ne elusoria obligatio reddatur, semel eligi posse.

93 Tertiò† si promissor hominis in genere, vel duorum hominum alternatiuè vnum obtulerit creditori, quem noluerit accipere, liberatur, si fortè oblatus pereat *l. stipulatus sum Damam 105. ff. de verb. oblig. l. huiusmodi §. si cui homo ff. de leg.* 1. Ergo ille qui fuit electus, fuit in obligatione, alioqui nulla ratio esset, cur debitor liberaretur. Respondeo liberari debitorem ex æquitate, quià non solùm dixit, velle se vnum præstare, sed obtulit, & soluere voluit, & soluisset, si creditor accipere voluisset. Quoniam verò accipere recusauit, is pro soluto est, qui oblatus est: indè debitor liberatur. Quæstio sanè est, an ipso iure liberetur, an ope exceptionis, sed hanc omittimus, quòd minus ad rem nostram pertineat.

94 Planè† Cuiacius satis probabiliter *in d. l. huiusmodi §. si cui homo ff. de leg.* 1. obseruat constituendam differentiam inter contractus stricti iuris, & bonæ fidei: Vt in illis, liberetur quis ope exceptionis; In his ipso iure; ea ratione, quia in his exceptiones insunt: Adfert textum *in l. qui decem ff. de solut.* sed hanc rem examinare, nunc otium non est.

Stipulatio generis, & alternatiua sunt indiuiduæ.

SVMMARIVM.

Stipulatio generis, & alternatiua diuiduæ sunt sui natura, & petitione, sed indiuiduæ solutione. n. 95. & cur, n. 97.

Qui debet Stichum, aut decem, si quinque soluat, non tamen statim potest condicere. n. 96.

Proponuntur obiecta. n. 98. & sequ.

Explicatur textus in l. cum debitore ff. rem ratam hab. n. 99.

Debito homine, pars hominis accepta ferri potest n. 100.

Explicatur l. 2. §. si tamen hominem ff. de V. Obl. n. 101. & sequ.

Adfertur communis Doctorum ad eum textum interpretatio. n. 102.

Reprobatur. n. 103.

Adfertur interpretatio Donelli. n. 104.

Reprobatur. n. 105.

Subijcitur interpretatio Authoris. n. 106.

95 Stipulatio,† siue generis, siue alternatiua, indiuidua est: Non quidē absolutè, nam sui natura, & quantum attinet ad petitionem, diuidua est: sed tamē quātum ad solutionem, est indiuidua, vt respondetur *in l. 2. §. 1. l. in executione §. pro parte l. stipulatus 9. in fin. ff. de solut.* Itaque plures hæredes nō possunt partes rerum diuersarum soluere *d. l. in execut. §. pro parte l. planè ff. de condict. indeb. l. qui hominem §. qui decem ff. de solut.* Quinimò nec diuersorum partes possunt solui pluribus hæredibus, aut creditoribus, sed omnibus eadem res, & eiusdem rei partes sunt soluendæ *l. qui hominem §. si duo ff. de solution.* Itaque si quis hominem debeat, vnus ex ipsius hæredibus, partem Stichi soluendo, non liberatur, sicuti qui debet Stichum, aut decem, si quinque soluat, nō liberatur *l. si non fortem §. qui decem ff. de*

96 *Condict. indeb.* Neque† tamen statim repeti quinque possunt, sed in pendenti est, an debita, vel indebita sint soluta ex posteriori solutione; Si enim reliqua quinque soluantur, apparebit debitè priora quinque soluta; si verò soluatur Stichus, apparebit indebita quinque fuisse, & condici poterunt *d. l. si non fortem §. si decem.* Interim statim cōdici non possunt. Quāuis enim verum sit, nō contigisse in quinque liberationem, tamen, quia in eo sunt, vt possint liberationem parere, nēpè si reliqua quinque soluātur, nō possunt condici. Quod enim ob causam datur, quandiù causa sequi potest, cōdici nō potest *l. quod seruius ff. de condict. causa data.* Neque obstat *l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* Vbi dicitur *statim condici posse, aut in pendenti esse, donec alius detur.* Nam ità est intelligendus Iuris Consc. vt ità demum statim condici possit pars Stichi, si alius homo detur; Alioqui, donec alius detur, erit in pēdenti, vt explicat ibi Donellus; Vel respondebimus, Paulum se ipsum corrigere, & verius esse, in pendenti esse, an re-

peti possit: quod fuit ipsi Paulo familiare, vt constat *ex l. qui seruum §. 1. ff. de act. & oblig.* & *l. si debitori 50. ff. de fideiuss.*

97 Si † autẽ ratio quęratur, cur cũ obligatio generis, & alternatiua sui natura sit diuidua, sit solutione indiuidua; ea redditur *in l. in execut. §. pro parte ff. de verb. obl.* quia scilicet stipulator nõ cõsequeretur, quod stipulatus est: Nempè stipulatus quis est hominem, aut stipulatus est Stichum, aut Pamphilum: si promissor liberaretur, soluendo partem Stichi, quòd scilicet partẽ hominis soluisset, posset adhuc partem alterius hominis soluere. Nam sublata obligatione pro parte hominis, adhuc pars hominis maneret in obligatione; eiusque incerti, non pars Stichi, nam Stichus non fuit in obligatione præcisè, sed homo. Verùm quidem est soluta parte Stichi, solutam esse partem hominis, non efficitur tamen ex ea solutione, vt reliqua pars hominis, quæ in obligatione superest, sit pars Stichi. Sola enim solutione apparet debitum solui. Ergo dum soluitur pars Stichi, quia soluitur hominis pars, intelligitur pars debiti solui. Cæterum non indè sequitur Stichi partem in obligatione manere, imò manet pars hominis, homo enim in stipulationem deductus est, non Stichus. Posset ergo promissor, partem alterius hominis soluẽdo, liberari, & sic fieret, vt posset debitor partes plurium hominum soluere, & sic vt creditor non consequeretur, quod fuerat stipulatus: stipulatus namque fuerat hominem. At vnum hominem non consequeretur, sed plurium hominum partes. Idem contingeret, in alternatiua stipulatione. Nam qui decem, aut Stichum fuit stipulatus, voluit alterutrum consequi. Ergo non debet licere debitori, partem Stichi, & quinque soluere, alioqui non satisfieret creditori iuxta conuenta. Cum verò id in principali promissore obseruetur, idem, & in hęredibus erit seruandum, cum non debeat conditio obligationis ex hęredum persona immutari *d. l. in effequt. §. pro parte ff. de verb. obl.*

98 Aduersus prædicta † videtur obstare *l. cum debitore ff. rem ratam haberi*. Vbi dicitur si mihi debeatur Stichus, aut decem, vtrum ego voluero, & me absente Titius quinque petierit, si postea † ego petitionẽ Titij ratam habuero, rectè actum videri. Ergo in alternatiuis, solutio pro parte fieri potest, & pro parte contingit liberatio, alioqui non rectè actum esset, quia non esset petitum, quod debebatur. Si rectè actum est, petitum est, quod debebatur, & ideò solutione eius, contigit liberatio.

99 Doctores † hunc textum in proposito non considerant, qui tamen difficilis est. Responderi posset, ibi rectè actum eo sẽsu dici, vt scilicet non possit reus ex stipulatione rem ratam dominum habiturum, agere aduersus Titium, qui sinè mandato egerat. Verum enim est, ratam dominum rem habuisse. Cæterùm an ille ex solutione quinque, sit liberatus, vel qua ratione sit liberatus, aliundè sumendum, quia ibi non deciditur. Vel melius respõderi posse existimo, in d. textu supponi electiõnẽ fuisse stipulatori reseruatam, qui stipulatus fuerat decem, aut Stichum *vtrum voluero* ex quibus verbis ità electio competit stipulatori, vt si semel elegerit, nõ possit amplius variare. *l. 112. ff. de verb. oblig.* Ergò si dominus ratam habuerit petitionẽ quinque iam intelligetur elegisse decem, vt enim possit agi ad quinque, necesse est decem deberi, eo enim casu quinque peti possunt; & cum non possit mutare voluntatem, sine dubio statim quinque erũt debita, sicut debita sunt tota decem: Vndè non mirũ, si benè fuerit actum. Accedit quòd & si stipulatus esset creditor, quem volet, tamen post litis cõtestationẽ variare nõ posset *d. l. 112.* in eo autem casu nõ solùm lis fuerat contestata, sed peracta. Ergo non poterit amplius variari.

100 Secundò † si cui homo debeatur, aut decem, potest is accepta ferre quinque, & in illis quinque contingit liberatio, ità vt debitor iste possit posteà soluere, vel reliqua quinque, vel partem Stichi *l. qui hominem 27. ff. de accept. l. 2. §. si tamen hominem ff. de uerb. oblig.* At acceptilatio vice solutionis est, & imaginaria quędam solutio *§. 1. inst. tit quib. mod. toll. oblig.* ergo sicuti in acceptilatione pro parte contingit liberatio, ita & in solutione. Si verò pars solui potest, nulla ratio est, cur stipulatio generis, vel alternatiua dicatur indiuidua. Respondeo acceptilationem

similem

similem esse solutioni in multis, non tamen per omnia, multę enim possent considerari differentiæ. In proposito cessat in acceptilatione ratio, cur pars alterius rei solui possit, quæ vetat partem solui, & ea solutione debitorem liberari. Quamuis enim debitor, si pars Stichi accepto lata sit, pro ea parte sit liberatus; si posteà quinque soluat, liberabitur, & rectè soluet, quia hoc casu non consequetur creditor partes rerum diuersarum, nam in effectu consequetur quinque duntaxat: Stichi partem non fuit consequutus, sed remisit eam debitori, & pro accepta habuit. Ergo cessante ratione, cessabit etiam indiuiduitas in hoc casu.

101 Tertiò † obstat textus *in l. 2. §. si tamē hominē ff. de uerb. oblig.* Vbi dicitur, si creditor hominis, cum vno ex hæredibus promissoris egerit, superesse in obligatione reliquorū hæredum partem, quę & solui potest; Idemque dicitur ibi procedere, si pars accepto lata sit, ergo is, qui condemnatus est, & soluit, fuit liberatus. Si enim in obligatione superest duntaxat pars heredum, in parte condemnati contigit liberatio, ergo solui pars hominis potest.

102 Ergò obligatio est diuidua. Bartolus † & communiter Doctores, qui Bartolum sequuntur, respondent *in d. § si tamen hominem* poni exceptiones ad præcedentem §., in quo dicitur non posse ex solutione partis, in obligatione generis; & alternatiua liberationem contingere. Prima est exceptio si creditor aduersus vnum promissoris hæredem egerit; qui quidem heres, vt Bartolus interpretatur, fuerit absolutus: hoc namque casu potest creditor agere aduersus cæteros, & duntaxat cęterorum pars manet in obligatione, quoniam primus hæres ex sententia est liberatus, & cessat ratio, cur nō possit pro parte contingere liberatio. Itaque ponit communiter Doctores in eo textu supponi hęredem ex sententia liberatum, secus dicerent, si fuisset condemnatus. Ve-
103 rùm † hęc respōsio admodum est violenta, quia ibi ponitur indistinctè creditorē egisse, nec subijcitur absolutum hæredem esse, vel condemnatum, sed indistinctè dicitur cæterorum hęredum pars in obli-
104 gatione manere. Donellus † *ad eum §.* respondet etiam si fuerit hæres conuentus condemnatus, tamen soluendo partem cuiusuis hominis liberari; idque asserit effici ex petitione creditoris, qui partem hominis, petijt simpliciter, non eius, qui à cæteris soluetur. Ergo cum simpliciter fuerit condemnatus, satisfaciet sententię,
105 partem cuiusuis hominis soluendo. Sed † responsio hęc non plenè satisfacit; Petitio enim facta est secundùm naturam rei debitæ; itaque, & ità sententia intelligi debet, vt ea pars pręstetur, in qua contingere possit liberatio.

106 Ego † responderem creditorem, qui agit aduersus vnum hęredē, & petit partem, pro ea parte nouare obligationem statim, & sic statim pro ea parte debitorem, veteri obligatione liberari: Nam ex litis contestatione, nouatio contingit *l. aliam ff. de nouat.* & lite contestatā vetus obligatio perimitur, & ad condemnationem transit, ex qua pecunia debetur, *l. si fundus, §. si pluris ff. de pign.* Itaque non mirum, si lite contestata, cæterorum pars superest in obligatione. Nam hęres conuentus, veteri illa obligatione est liberatus, duntaxat tenebitur ex re iudicata. At res iudicata condemnat eum ad partem hominis: ex illa tenetur ad partem hominis, & tenetur solus. Ergo partem cuiusque hominis soluendo, liberabitur. Faciet ergò creditor litem contestando, deteriorem suam conditionem? Minimè verò, quia in eius est potestate omnes simul hęredes conuenire, & vnum hominē petere. Si vnum conueniat, statim eū liberat priori obligatione, ideòq; cessat ratio, cur pars hominis diuersi solui non possit.

Conditio, si res promissa soluta non sit, efficit obligationem ratione pœnę in diuiduam.

SVMMARIVM.

Promissa re, & si res non detur pœna, nisi tota res detur, solida pęna debetur, quamuis res pro parte data fuerit. n. 107.

At promisso facto, si subijciatur pęna, ea in solidum committitur, si factum sit indiuiduum, si diuiduum prò parte. n. 108. *vbi ratio redditur diuersitatis.*

Propo-

Proponitur difficultas ex §. Cato, vbi Dominus, qui pro parte ratum non habet, incidit in solidum in pęnam. n. 109.
Adfertur Donelli interpretatio: n. 110.
Refellitur. n. 111.
Adfertur alia aliorum interpretatio. n. 112.
Reprobatur. n. 113.
Subijcitur interpretatio Authoris. n. 114.
Explicatur l. si seruus §. 1. ff. si quis cautionib. n. 115.

107 Titius † promisit mihi fundum, & si fundum intrà annum non soluerit, promisit centum. Intrà annū soluit partem fundi duntaxat: quęritur, an anno elapso committatur pœna ad tota centum, an ad partem eius summæ? Verius est totam pœnam in solidum deberi, si in minima parte satisfactū non fit.

Idq; probatur. Primò *ex l. 5. §. si sortem ff. de verb. obl.* vbi dicitur, si quis promiserit sortem, & si sortem non soluerit, pœnā, quamuis vnus hęres ipsius soluat prò sua parte sortem, tamē pęnam in solidum committi, & ipsam etiam pœnam debere, qui partem sortis soluit; idem colligitur *ex l. hæredes 25. §. idem Iuris ff. fam. ercisc.*

Secundò confirmatur, *ex l. in executione §. pen. ff. de verb. oblig.* nam si quis fuerit stipulatus fundum, & si fundus datus non sit, centum, nisi totus fundus datus fuerit, centum debentur, nec prodest fundum pro parte potuisse dari.

Tertiò, quia proprium est conditionis suspendere quidem conditionem, donec existat: sed si existat, locum facit dispositioni, vt notissimum est. Sed quamuis pars fundi soluta sit, si totus solutus non sit, impletur conditio, sub qua pœna promissa est, ergò dicendum est pęnam deberi, eamque solidam. Conditionem autem impleri probatur, quoniā non potest dici fundum solutum, nisi totus solutus sit, quoniā qui dicit fundum, non dicit partē fundi, sed totum fundū *argumentō l. etiam circa ff de solut.* & conditionē indiuisibilē esse probat *l. cui fundus ff. de cōd. & dem.*

108 Sed validissimè † aduersus hæc videtur obstare *l. 4. §. Cato ff. de verb. oblig.* Vbi dicitur, si pœna certæ pecunię sit promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si vnus ex ipsius hęredibus contrà fecerit, interdum committi pœnam omnibus hęredibus pro portione hæreditaria, interdum ab vno pro portione sua. Cōmitti omnibus, si quod promissum erat, erat indiuiduum; vni, si diuiduum illud erat, de quo cautum fuerat. Vndè intelligimus si quod prius fuerat promissum, diuiduum sit, conditionem non efficere, vt tota pœna debeatur, si in parte non sit satisfactum. Imò sicuti diuidi potest solutio illius; ità ex diuisione solutionis diuidi pęnam. Respondeo animaduertendum esse, in factis, si non fiat, cōmitti, & succedere obligationem ad interesse *l. si quis ab alio §. vlt. ff. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur vers. celsus l. si pęnam 68. l. quoties §. 1. l. si quis stipulatus §. fin. ff. de uerb. oblig.* quod quoniam difficilis est probationis, prudens est consilium, si stipulator, si non fiat, curet sibi certam pœnam promitti. Eò enim casu nihil probare eum oportet, sed si factum non sit, sicuti interesse ipso iure deberetur, ità loco interesse pro eo, quod interest, debebitur pœna *§. fin. inst. tit. de uerb. oblig.* Ergò pœna hoc casu subrogatur apertè ex sententia contrahentium loco eius, quod interest, vt benè in simili obseruat ex Duareno, Donellus *ad l. 2. §. fin. ff. de uerb. oblig.* & antè eum, & Duarenum in terminis nostris docuit Iason *in l. 4. §. Caton. 35. ff. de Verb. oblig.* Ergo ex sententia contrahentium sequitur naturam interesse, nam, vt dicere solent Doctores nostri, subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur *l. si eum §. qui iniuriarum ff. si quis Caut. §. fuerat inst. de act.* Et his casibus deberi oportet pœnam, in quibus deberetur interesse. Sed interesse in factis diuiduis, si pro parte contra fiat, non potest in totum deberi, quia non nisi pro parte interest. Ergò nec pœna tota debebitur, si prò parte contra factum fuerit. Neque enim debet creditor vtrumque consequi, & partem facti, eiusque vtilitatem, & solidam pęnam, sed alterum, & pro parte eius, quod factum non est partem pœnæ; idq; ex sententia contrahentium. Aliud dicendum in factis indiuiduis, nam ea pro parte non possunt impleri, sed oportet, vt in solidum contra fiat. Ergò & in solidum interesset stipulatoris, si pęna

na adiecta non esset: ea igitur adiecta, solida debebitur.

Hæc ratio, quam adduximus in factis diuiduis, non eadem viget in stipulationibus dandi, quibus, si non detur, adiecta est pœnę stipulatio. Nam si quis (ex. gratia) stipulatus fuerit sortem, & si sors sua die, soluta non esset, pœnam, si debitor sortem totam non soluat, vel si vnus hęres soluat, alter non soluat, tota committitur pœna *l. 5. §. si sortem ff. de verb. oblig.* Vbi hic casus ponitur. Ratio est, quia pœna non loco rei est pręstāda, sed ob moram, & dilationem: neque loco sortis subrogatur, sed vltrà sortem debetur propter moram, & dilationem, cuius ratione interest creditoris. Pone. Stipulatus quis est centum sibi solui kalēdis Ianuarij, qui iam similem summam debet eadem die soluendam, quam si non soluat, debiturus est vsuras semisses. Iste si sortem stipuletur ab alio, & nisi sors sua die soluta sit, vsuras semisses rectè stipulatur, & quamuis pars sortis sit soluta, tamen integra pęna debetur. Nam & eius interest totam sortem solui, & nisi tota sors sit soluta, ipse integras vsuras debiturus est, quia creditor non tenetur partem sortis accipere. Ergo, & ipse rectè integras vsuras exiget, quia tanti eius interest, licèt partem sortis acceperit. Ità verò casum ponendum *in d. l. 5. §. si sortem* pro vt nos posuimus, videlicet, promissum esse, quid menstruum, vel annuum, non verò vnicam pœnam semel soluendam, conuincunt ea verba textus, *nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis soluatur.* Nam constat ex his pro tempore committi, pro tempore extingui. Ergò pœna fuit successiua, alioqui semel commissa perpetuò deberetur.

Rursus, nisi fundus detur, si quis centum stipuletur, tota centum præstanda sunt, nisi totus fundus sit solutus *l. in executione §. pen. ff. de verb. oblig.* Ratio est, quia, vel fundus duntaxat fuit in conditione, vel in obligatione. Si fuit in conditione, tota pœna debebitur, quia ea non debetur tanquàm interesse *l. stipulatio ista §. alteri ff. de verb. oblig.* & is, qui partem fundi soluit, condicet: soluit enim causa conditionis implendę, & vt pœnam non pręstaret, quæ causa secuta non est *argumento l. 1. ff. de condict. causa data.* Quòd si fūdus fuit in obligatione, & si is, solutus nōn sit, creditor pęnam fuerit stipulatus: vel inducitur nouatio: vel non. Si inducitur nouatio, quamuis pars sit soluta fundi, tamen quia conditio est impleta pœnalis stipulationis, sola pęna debebitur, pars fundi poterit condici, quasi indebita. Si nouatio non inducitur, debebitur vtrumque, quia duæ adsunt stipulationes, & toto fundo non soluto, ipso iure tota pœna debebitur, licèt si quis parte fundi accepta, totam pœnam peteret, doli exceptione repelleretur, nisi fundi partem restitueret, quia ex sententia contrahentium, non vtrumque, sed alterutrum soluendum est *l. rescripto §. 1. ff. de pactis l. si pater 12. §. si mulier ff. de pact. dot al.* Ergò siue nouatio sit inducta, siue non (qua de re nunc disputandi locus non est) neutro casu pęna est apposita, vt id certum fiat, quod futurum est in petitione, pro vt in factis, in quibus omnino si contrà fiat, interesse debendum est, quod quia incertum, certificatur per appositionem certæ pęnæ. Nam promisso fundo, res certa promissa est, nec opus est certificetur per appositionē pęnæ. Ergo qui pęnam apponit, si fundus solutus non sit, vult quid à fundo distinctum deberi, & ad aliam transit stipulationem, ex qua, conditione non impleta, necesse est obligationem in solidum produci.

Sic etiam videmus diuersam rationem esse eius, quod dicitur *in d. l. 5. §. si sortem ff. de verb. oblig.* vbi si pęnam quis promiserit, si sententiæ arbitri non pareret, quamuis vnus ipsius hæres paruerit, tamen tota pęna committitur, si alter non paruerit. Nam vt benè considerat Ripa *in d. l. 4. §. Cato n. 54. in fine* pęna, quæ in compromissis promittitur non debetur tanquàm interesse, sed ob contemptum Arbitri *l. cum pœna 38. ff. de recept. arbitr.* Vel (melius) quamuis tanquàm interesse deberetur, non tamen deberetur tanquàm illud interesse, quod loco rei subrogaretur, sed tanquàm interesse vltrà rem. Constat enim eum, qui pęnam fuit consequutus, rursus rem in iudicium

dicium deducere *l. si quis rem 30. ff. eod. tit*. Ergò cum pœna non præstetur loco rei, nulla ratio est, cur tota non committatur, quamuis pars rei tradita sit.

Dices quoties pœna apponitur, non inspicitur, an quid intersit stipulatoris, vel non *l. stipulatio ista §. alteri l. 3. ff. de verb. oblig.* Vbi hac ratione dicitur pœna adiecta, quamuis vnus hæres sit prohibitus, aduersus id, quod placuerat, tamen omnibus committi stipulationem. Ergò etiam in casu *d. §. Cato* pœna adiecta, non inspiciendum est interesse, nec ratione interesse pœna venit exigenda, vel præstanda, sed in totum debet ea committi. Respondeo pœna adiecta, non inspici interesse, quia stipulatio conditionalis, conditione impleta, committitur, nec aliud inspicitur, nisi an impleta fuerit conditio: Vndè fit, vt ipso iure, pœna adiecta omnibus hæredibus committatur, quamuis vnius duntaxat, qui fuit prohibitus, intersit. Cęterùm si constet nō simpliciter conditionalem esse stipulationem, sed pœnam esse in stipulationem deductam vice interesse, eo casu ex voluntate contrahentium eatenus pręstanda est, quatenus interest, vel interesse potest sui natura, ex natura rei. Et hac ratione, quamuis ipso iure pœna committatur omnibus hæredibus, vno duntaxat prohibito, tamen cęteri agentes, doli exceptione repelluntur, vt dicitur *in l. 2. §. fin. ff. de verb. oblig.* Vndè ego existimo, quod dicitur *in §. Cato* pœnam in factis diuiduis soli hæredi contra facienti committi, intelligendum inspecto effectu, sed ipso iure omnibus committi. Is enim (ex. gr.) qui promittit non amplius agere, & si amplius agat, promittit pœnam: sine dubio, quamuis prò parte agat, in pœnam ex verbis stipulationis, ex ipsa stipulatione incidit, & quidem solidam, quia verum est eum egisse; sed tamen ex sententia contrahentium, quia pœna subrogata est in locum eius, quod interest, & interesse prò parte non esset pręstandum, nec pœna pro parte præstanda erit; & doli exceptione repelletur is, cuius non interest, vel prò parte, prò qua non interest.

109 Obijcies † si dominus promittat se ratū habiturū, quicquid cum procuratore gestū erit (vt scilicet effugiat pretoriam satisdationem, qua teneretur procurator, domimus enim ipse ità promittēdo, ea satisdatione liberat procuratorē *l. si procuratorem ff. de procurat.*) non potest prò parte ratum habere, quin tota pœna aduersus ipsum committatur *d. §. Cato*; & tamen certum est ratihabitionem, factum esse diuiduum, vt omnes Doctores fatentur, & probatur *ex l. si procurator l. cum debitore ff. eod.* Ergò non est vera distinctio factorum diuiduorum, & indiuiduorum, & ratio cur pœna in factis diuiduis prò parte debeatur: imò enim debe-

110 tur in solidum. Donellus † *ad §. Cato n. 17. & 18.* respōdet in stipulatione rem ratam haberi, committi pœnam, & in solidum deberi, quia ea stipulatio ità intelligitur, si ad quamcumque summam dominus ratum non habuerit. Itaque etiam si in minima summa ratum non habeat, committitur stipulatio, qua similiter cōmitti non potest in hęrede, qui ratum habet, licèt cohæres non habeat, nam dici non potest illum ratum non habuisse,

111 nec quidem in minimo. Verùm † ego peto cur ea stipulatio ità intelligatur, vt scilicet committatur, etiam si in minima summa ratum non habeatur. Cur similiter in solidum non committitur, vel non debetur in illa stipulatione amplius non agi, vel in alijs factis diuiduis, vt suprà

112 diximus? Alij † dicunt multum interesse, vtrum stipulationi de rato sit adiecta pęna, vel non; Hoc casu committi ad interesse stipulationem, & sic, si prò parte tantum ratum habeatur, pro parte interesse, & pro parte agi *l. si procurator 18. ff. rem rat. hab.* At si pœna sit adiecta, stipulationem in solidum committi, quāuis prò minima parte ratum non sit habitum, nempe quia in pœna, non inspicitur an intersit, & quid intersit *d. l. 3. ff. de*

113 *verb. oblig.* Sed quęro ab his, cur ergò in solidum non committatur, si vnus hęres tantum non habeat? Prætereà in stipulatione facti diuidui, si pœna sit adiecta, certum est eam prò parte committi, si prò parte contrà fiat *d. §. Cato*. At hoc factum ratum haberi diuiduum est, vt diximus, ergò pœna prò parte committi debet.

Itaque

114 Itaq; † ego respondeo supponendo intellectum Duareni, Donelli, & aliorum, qui existimant *vers. §. Cato, sed videamus.* referri ad stipulationem illam *dolum malū abesse à se, & haerede suo:* de qua *in princ. l. 4.* dictum fuerat, quę & ipsa interdum diuidua est, & cum *in princ. §. Cato* dictū fuisset de stipulatione *per te non fieri* subiji cit I. C. eam stipulationem *dolum malum abesse &c.* magis esse similem stipulationi, *te, hęredemq; tuum ratum habiturum*, in qua si vnus ratum pro parte non habeat, vel aduersus vnum non habeat, is agit, à quo fuit petitum, & aduersus illum, qui ratum non habuit, non verò agitur aduersus omnes cohęredes, nec etiam ad pœnam, (nam & casus ponitur, quando pœna est adiecta stipulationi) ratio est, quia pro parte tantum ratum nō habetur. Si in solidum ratum non haberetur, committeretur pœna aduersus omnes hęredes, sicuti committitur aduersus omnes, in stipulatione illa *dolum abesse* quādo factum est indiuiduum. At si pro parte ratum nō habeatur, committitur duntaxat pœna pro parte. Additur *quamuis ipse Dominus pro parte ratum habere non possit*, id est, si vnus hęres ratum habeat pro parte, etiā in eo casu, quo dominus pro parte ratum habere non possit, pro parte pœna committitur. Exemplum esto. Titius dicebat competere sibi seruitutem eundi per fundum Seij. Promisit ratum habiturum se, & hæredem suum, quicquid gestum erit cum Caio procuratore. Procurator succubuit. Hęres vnus Titij adhuc petit seruitutem deberi. Cæteri ratum habent. Stipulatio ad pœnam committitur duntaxat aduersus hęredem, qui ratum non habet; quamuis si dominus peteret, in solidum committeretur, quia cum seruitus sit indiuidua, non posset pro patre ratum habere, quia nec pro parte seruitutem petere posset. Ratio autem differentię inter promissorem, & hęredem ea est, quia Dominus, & promissor pro parte petere nō potest, quin totū petat. Seruitus enim est quid indiuiduum. At hęres vnus ex pluribus, quamuis, & ipse petendo seruitutem, totum petat, tamen totum consequi non potest, sed quatenus sua interest. Quoniam verò seruitus debetur pluribus, interest eius tantum pro parte, ergò partem consequitur *l. haeredes §. an eod. fam. ercisc. l. si §. fin. ff. de verb. oblig.* Ergò in effectu hęres pro parte ratum non habet. Si non esset pœna apposita ex illa stipulatione, ageretur ad interesse, vno autem hæredum petente, non interesset in solidum, cum etiam si vinceret, & obtineret, pars æstimationis seruitutis ei daretur, ergò pro parte ageretur. Sic agetur pro parte ad pœnam, quę loco interesse subrogata est, vt diximus supra. Pone. Dominus aduersus vnum hæredem agit ad seruitutem, stipulatio pœnę aduersus ipsum solida committetur, quoniam is, qui conuenitur in solidum soluere, vel eius æstimationem tenetur. Ergò similis erit stipulatio *dolum abesse*, illi stipulationi *rem ratam haberi*, quę committitur aduersus eum, qui ratum non habet, & ei, aduersus quem petitur, ita vt, si vno ratum non habente perinde esset, ac si omnes ratum non haberent, aduersus omnes stipulatio committatur, sicuti in illa *dolum abesse*.

115 Ex his † facillimè resoluitur, quod obijci posset *ex l. si seruus §. 1. ff si quis caution.* Vbi si plures seruos sistere quis promiserit, & nisi steterit pœnam, vno non stato, totam pœnam dicitur deberi; sed si offeratur pœna pro rata vnius, doli exceptione repelli, qui ex stipulatione agit: ex quo textu probatur totam pœnam non esse præstandam. Nam respondetur ibi proponi promissa facta diuidua saltem numero, cum plura sint, & tot facta, quot sunt serui sistendi, Ergo stipulatio, pœnæ successit loco interesse, quod quia deberi non potest ratione eorum, qui stati sunt, consequens est, nec pœnam deberi. Cæterum quoniam in pœna non inspicitur quid intersit, vt suprà dictum est, ipso iure pœna committitur solida ex verbis, & conceptione stipulationis, quoniam conditio stipulationis impleta est. Sed quoniam mens contrahentium repugnat, non verborum subtilitas inspicitur, sed data exceptione, stipulator repellitur. Ratio est, quia licèt de omnibus simul concepta sit stipulatio, tamen, si de hoc casu cogitassent, vel concepissent contra-

hentes stipulationem, quo aliqui duntaxat essent, partem duntaxat pœnæ præstari voluissent, non totam pœnam; Ergo quamuis verba importent, vt pœna solida præstetur, tamen ex mente competit exceptio.

Facta regulariter sunt indiuidua. Resoluuntur multa, quæ in contrarium obijci possunt.

SVMMARIVM.

Facta regulariter sunt indiuidua, & ratio redditur. n. 116.
Datio fundi, quæ in facto consistit, cur sit diuidua. n. 117.
Facta, quæ ex pluribus actibus successiuis constant, cur indiuidua. n. 118.
Facta an contractu sint diuidua. n. 119.
Qui fundum tradi stipulatur, an intelligatur stipulari vacuam possessionem tradi, & quid hæc stipulatio vacuam possessionem tradi, contineat. n. 120.
Stipulatio indicatum solui, an sit diuidua, vel indiuidua. n. 121.
Condictio furtiua an sit indiuidua. n. 122.
Si quis deponat rem apud duos, an in solidum quisque obligetur. n. 123.
Emptio, Venditio, an sit indiuidua. n. 124.
Explicatur l. uxorem §. agri plagam ff. de leg. 3. n. 125.
Explicatur l. cũ à matre Cod. de rei uind. n. 126.
Possessio cur pro parte possit transferri, licèt facti sit. n. 127.
Explicatur l. si finita §. si ante ff. de damno infecto. n. 128.
Explicatur l. si pignori ff. fam. ercisc. n. 129.
Actio depositi, commodati pigneratitia, & similes, an sint diuiduæ, an indiuiduæ. n. 130.

116 Facta † à rebus distinximus in princip. huius cap. vt tunc in obligatione sint facta, quando contrahẽtes principaliter non propter aliud voluerunt, factum esse in obligatione, & emolumentum, & vtilitatem nudi facti principaliter considerarunt, non effectus facti: vt *in l. 4 ff. de usuris.* Facta regulariter sunt indiuidua, veluti si quis promiserit rẽ tradere, fossam fodere, Insulã ędificare, & similia, vt probatur apertè *ex l. stipulationes non diuiduntur l. 2. § item si in facto ff. de uerb. oblig. l. fideicommissa §. si in opere ff. de leg. 3.* Rationem, cur hoc factum *rem tradi* sit indiuiduum, reddit Donellus *ad l. stipulationes 72. n. 11. ff. de uerb. obl.* quia licèt fundus partes recipiat, tamen vel quis tradit partes diuisas, vel indiuisas. Partes indiuisę non possunt aliquæ tradi, aliquæ non, si enim res tradatur tota, non potest dici pro parte aliqua indiuisa non tradi fundum, factum enim hoc æquè afficit rem totam. At si volumus tradi partes diuisas, iam non tradetur fundus promissus, nam diuisione fiet alius fundus.

Ratio autem generalis ad cętera omnia facta, desumẽda est *ex l. si is, qui quadringenta §. sed & si opus ff. ad l. Falc.* nempè quia is qui balneum (ex. gr.) vel Theatrũ facere, est obligatus, *nec ullum balneũ, nec Theatrum, uel stadium fecisse intelligitur, quę ei propriã formam, quæ ex consummatione cõtigerit, nõ dederit.* Et hæc ratio est cur operis effectus in partes scindi nõ possit, vt loquitur I.C. *in l. in exequt. §. secunda, ff. de uerb. obl.* nempè non ipsum opus, sed operis *effectus*, id est effectio, quia donec aliquid superest faciẽdum, opus factũ dici nõ potest *l. 2. in princ. ff. de prætor. stipul.* Si enim quis Insulam facere promiserit, si partem Insulæ ædificauerit, non liberabitur pro parte, quia nec quidẽ partẽ fecisse dici potest; pars .n. intelligi nõ potest eius, quod nõ est. Nulla Insula est effecta, ergò Insulę nulla pars intelligi potest effecta. Ergò nec partem quidẽ fecit is eius, quod promisit, itaque nec pro parte liberatur.

Hæc licèt verissima sint, tamen maximas patiuntur difficultates, &

117 Primò obstat, † datiomem in facto consistere, neque enim potest dominium transferri, nisi res tradatur *§. per traditionem instit. tit. de rer. diuis.* At certum est obligationem dandi, esse diuiduam *l. 2. § primò ff. de verb. oblig.* Ergò & obligatio faciendi debet esse diuidua. Respondeo, vt dignoscamus, an diuidua, an indiuidua sit obligatio, inspiciendum, quid in stipulationem, seu in obligationem venerit ex mente contrahentium, an scilicet voluerint nudum factum in stipulatione esse, an potius respexerint ad

effe-

effectum facti, vt loquitur Iuris C. *in d.l. 4. ff. de vsuris, & in l. si venditor ff. de seruis exportandis*. Si factum merum considerauerint contrahentes, neq; respexerint ad effectum, quem voluerint in obligatione esse, sine dubio obligatio erit indiuidua; quòd si respexerint ad effectum facti, puta ad translationem dominij, iam factum non est in obligatione, sed Iuris effectus, qui recipit diuisionem. Et quãuis, vt res detur, & eius dominium transferatur, necessarium sit factum, tamẽ id factũ per se, non est in obligatione, & principaliter, sed venit explicandum propter aliud; Neque enim, vt indiuidua sit obligatio, sat est faciendum quid esse, sed inspiciendum, an per se, & principaliter, an propter aliud, & propter effectum, quem principaliter voluerunt contrahentes.

Hac ratione vsusfructus diuiduus est *l. 1. §. si vsusfructus ff. ad l. Falcid. l. vsusfructus 5. ff. de vsufr.* quãuis in facto consistat *l. vnica ff. quando dies vsusfruct. l. g. sed.* videlicet, quia vt suprà etiam diximus, post factum illud vtendi, fruendi, supersunt fructus, qui ex facto illo acquiruntur, qui diuisionem recipiunt, quos fructus respicit qui vsumfructum stipulatur, vel constituit. Hac ratione stipulatio amplius non agi, est diuidua *l. 4. §. Cato ff. de verb. oblig.* quamuis enim factum videatur deductum in stipulationem, tamen respexerunt contrahentes ad effectum facti, & ad remissionem debiti: Sicuti enim, qui agit persequitur, quod sibi debetur §. 1 *instit. tit. de act.* Ita qui non agit, remittit debiti persequutionem. Si ergò quod debetur, diuiduum sit, diuidua erit remissio eius debiti. Hac eadem ratione, stipulatio, rem ratam haberi (quę diuersa est ab illa amplius non agi *liquo enim §. 1. iuncta l. amplius 15. ff. rem rat. hab.* licèt aliquando configanntur *l. si quis vni l. procurator 23. ff. eod.*) & ipsa diuidua est *d. §. Cato l. si procurator ff. rem rat. hab.* quia scilicet id continet emolumentum, ne amplius conueniatur stipulator. Sicuti autem pro parte debiti; potest quis conueniri, si debitum sit diuiduum: ita stipulatio, ne amplius conueniatur stipulator, diuidua est, cum possit pro parte impleri.

Dices, sicuti is, qui facere promisit, non liberatur, partem faciendo, quia id non facit, quod promisit: ita nec is, qui fundum dare promisit, liberabitur partem fundi dando. Nam verum est hunc non ita obligationem implere, prout promisit. Aliud enim est fundum dare; Aliud partem fundi. Respondeo eum, qui dare est obligatus fundum, dum partem fundi dat, non id efficere in totum, quod promisit: Sed tamen pro parte obligationi satisfacere: Fuit in obligatione fundus; Fundus pro parte præstatur; Ergo pro parte contingit liberatio. Non idem est in eo, qui Insulam fabricare promisit. Is si partem Insulæ fecerit: in nulla parte est liberatus, quia non Insula est in obligatione, sed Insulę effectio, quæ in partes scindi non potest *l. in exequut. §. secunda ff. de verb. oblig.* Nam effectio partis, non est pars facti, quod promissum est: sed aliud factum. Est promissa effectio Insulæ; Insula nondum est effecta, nisi cum forma inducta sit, quę non nisi ex consũmatione inducitur *d. l. si is qui quadringenta §. sed & si opus ff. ad l. Falcid.* Eius verò, quod non est, nulla pars intelligi potest; Ergò effectio Insulæ nondum est, nisi cum Insula perfecta sit; Ergò cum anteà illud factum non existat, non mirum, si indiuiduum sit.

118 Secundò † videtur obstare non solùm rem faciendam diuidi, sed & factum ipsum, vt considerat Baro *de diuid. & indiuid. cap.* 4. Nam dum quis Insulam fabricat, per tempora operatur, nec vnicus actus est, sed plures, & successiui, qui tempore diuiduntur. Responsio est eadem. Factum operis, tunc præstatur, cum opus perfectum, & consummatum est. At consummatio, quæ formam inducit, indiuidua est; Ergo, & factum est indiuiduum. Facta pręcedentia non sunt pars consummationis; Ergò non sunt pars facti. Quia facti, quod non est, nec pars aliqua intelligi potest. Oportet enim, vt totum detur, ad hoc, vt partes eius totius possint considerari. Totum in rerum natura non est, ergò nec partes ipsius sunt.

119 Tertiò † obijci potest, factum ab initio diuidi posse, dum scilicet contrahentes paciscuntur. Potest enim quis stipu-

lari partem insulę fieri; Ergò qua ratione id ex post facto contingere non potest? Certè nulla ratio potest assignari cur, & quando totam insulam fieri placuit, partem insulæ faciendo quis non liberetur. Respondeo falsum esse, quod Doctores communiter supponunt, factum contractu esse diuiduum, nam imo, & ab initio indiuiduum est. Nam si quis stipuletur partem insulæ fieri non stipulatur partem eius facti, quo quis ad insulam totam faciendam se obligat: sed stipulatur quid totum, diuersum ab eo, quo quis ad totam insulam faciendam se obligat, Decipiuntur Doctores ex eo, quòd partem insulę, & totam insulam considerant. At pars insulæ non est in obligatione, sicuti, nec insula, quando totam fabricare quis promisit. sed ipsa fabricatio, & constructio, quę quidem alia est, si partem: alia, si totum construere quis se obliget. Nec diuisio insulæ, diuidit factum insulæ, siuè pro parte, siuè tota insula sit facienda, Cum & factum partis insulę sit indiuiduum, quod & ipsum nondum existet, donec pars insulę non sit perfecta iuxta formam, quam voluerunt, & conuenerunt contrahentes, quę & ipsa ex cōsumatione inducitur *d.l. si is, qui quadringēta §. sed & si opus ff. ad l. falc.*

120 Quartò † qui stipulatur rem tradi, sinè dubio factum stipulatur (& indiuiduum si credimus Iuris Cons. *in l. stipulationes non diuiduntur ff. de verb. oblig.*) At hoc factum diuiduum est. Ergo falsum est, facta esse indiuidua. Diuiduum esse probatur, quià qui fundum tradi stipulatur, intelligitur stipulari vacuam possessionem tradi. *l. 3. §. 1. ff. de act. empt.* At qui vacuam possessionem tradi stipulatur, non nudum factum stipulatur, sed causam bonorum *l. in conuentionalibus 52. §. fin. ff. de verb. oblig.* Ergò stipulatur diuiduum, nam bona diuisionem recipiunt. Addo possessionem tradi quid esse diuiduum, cum possessio pro parte possit transferri *l. locus ff. de acqu. poss.* Difficilis est obiectio. Respondeo eo sensu *in d. l. in conuentionalibus §. fin.* dici ea verba *vacuam possessionem tradi* continere causam bonorum, qua qui vacuam possessionem tradere est obligatus, non liberatur simpliciter tradendo: sed ità tradere debet, vt accipienti sine interpellatione rem habere liceat, & sic efficere, vt res in bonis accipientis esse incipiat, vt latiùs explicat Donellus *ad d. l. in conuentionialibus §. fin. n. 2.* quam responsionem in effectu adfert etiam Cuiacius *ad tit. ff. de Act. empt. ad. d. l. 3.* Planè *in l. 4. ff. de Vsuris* ex his verbis *vacuam possessionem tradi* fructus debentur, quod illo in casu non tam ex verbis illis efficitur, quàm ex mente contrahentium; cum enim ibi expressè fundum dari per stipulationem placuisset, frustrà additum esset *vacuamque possessionem tradi*, nisi omnem causam prętari contrahentes voluisse diceremus, vt ijdem Cuiacius, & Donellus in dictis locis explicant.

121 Quintò videtur † obstare *l. 2. §. incertam ff. de prętor. stipul.* Vbi stipulatio *indicatum solui*, quæ in effectu continet rei restitutionem, vt colligitur *ex §. sequ.* dicitur diuidua; Ergò stipulatio, quæ factum continet, est diuidua. Respondeo stipulationem *indicatum solui*, si fortè agatur ad rei restitutionem, puta rei vindicatione, continere id, quod interest. Cum enim ea actio, & ei similes, sint arbitrariæ iubet Iudex rem restitui, quę si restituatur, absoluit possessorem; Si verò non restituatur, condemnat, sed in pecunia, quę diuidua est. Ergo non committetur stipulatio *indicatum solui* quoties agitur ad rei restitutionem, nisi condemnatione facta in pecunia. Idem dici posset de restitutione facienda potestate Iudicij bonæ fidei, nam omnia potest Iudex in his iudicijs, quæ in arbitrarijs, & longe plura. Adde, quæ infrà dicemus de obligatione rei restituendę.

122 Sextò obstat † *l. in condictione 9. ff. de cond. furt.* Vbi dicitur condictionem furtiuam dari pro portione hæreditaria aduersus hęredes, non in solidum. Et tamen hæc condictio competit ad rei restitutionem, & competit domino ad rem suam persequendam, vt res ipsa restituatur. Respondeo condictionem furtiuam ad id dari, non vt res restituatur, sed vt res ipsa detur. Qua ratione singulare dicitur, domino dari hanc actionem, & contrà regulas Iuris propter odium

odium furum §. *sic. itaque inst. tit. de act. l. fin. §. fin. ff. vsufruct. quemad. cau.* Ergò non mirum, si aduersus hæredes hęc actio competat prò portione hęreditaria. Nam & datur aduersus eum, qui non possidet §. *fin. inst. tit. de oblig. quæ ex delict.* & non solùm de eo, quod peruenit ad hęredes: sed in solidum. Datur enim tanquam aduersus obligatos; Et quamuis detur interdum aduersus possessorem, quo casu si res ab ipso tradatur in effectu restituitur: Tamen, cum hęc actio ad dandum intentetur, non mirum si pro portione detur hęreditaria.

123 Septimò Obstat † *l. eandem 9. ff. de duobus reis*; Vbi in commodando, vel deponendo, ità demùm duo rei fiunt, si vtriusque fidem in solidum, quis sit secutus: Tunc enim quisque ipsorum in solidum tenetur. Ergò secus, si id actum non sit; Videtur enim dicendum eo casu quemq; pro parte teneri; Et tamen ea obligatio est ad restituendum, quod in facto consistit. Respondeo non fieri duos reos; nisi id actum sit. Non tamen sequitur, si apud duos eadem res deponatur, eos teneri prò parte, cum imò quisque in solidum teneatur. Non erunt tamen duo rei, Et ideò electione vnius, alter non liberabitur, sed solutione *l. 1. §. si apud duos ff. de pos.* Cum si duo rei essent, vnius electione, alter liberaretur *l. 2. ff. de duobus reis*.

124 Octauò. Emptio† venditio in eo contrahitur, vt res tradatur. *l. si ità distrahatur §. 1. ff. de contrah. empt l. 1. l. ex empto §. 1. ff. de act. empt.* Et tamen ea obligatio diuidua est *l. vxorem §. agri plagam ff. de leg. 3.* Si enim testator iusserit duobus rem eamdem vendi iusto precio, & vnus solus paratus sit prò sua portione emere, illi soli pro parte, res illa vendi debet, & sic diuidua est obligatio. Confirmatur *ex l. cum à matre Cod. de rei vind.* Vbi mater vendidit rem filijs sui. Prò parte eundem instituit hęredem. Filius vindicat rem à matre venditam. Dicitur emptorem posse illum repellere per Exceptionem prò ea parte, prò qua matri hæres extitit. Ergò pro parte constitit venditio; Ergò diuidua est: Et tamen in ea nudum factum venit, idest, vt res datur. Respondeo quamuis in emptione, venditione id veniat, vt res tradatur, nec sit necessaria dominij translatio: Tamen, & id agi, vt si venditor sit dominus, dominium ipse transferat *d. l. ex empto §. 1. ff. de act. empt.* Nec intendunt contrahentes ad nudum factum obligari venditorem: sed magis ad rem respiciunt transferendam, & comparandam, quàm ad factum, vt infrà latius dicemus; Ergò non mirum, si diuidua sit obligatio.

Planè licèt sit diuidua, non posset tamen quis regulariter cogere venditorem, vt pro parte vendat, & negocium ipsum scindat. Nam qui totum vendit, forsitan partem non esset venditurus *l. Tutor 47. §. 1. ff. de minor. l. cum ex causa ff. de verb. oblig.* Nec potest quis, siuè emptor, siuè emptoris hęres etiam pro parte offerre venditori partem pręcij, vt rem prò parte auferat *l. Iulianus §. offerri ff. de act. empt. l. quod si nolis §. idem Marcellus ff. de edil. edict. l. fistulas §. pen. ff. de contrah. empt.*

Sed cessante hac ratione, diuidua est 125 emptio, venditio. Cessat† verò *in d. l. vxorem §. agri plagam ff. de leg. 3.* Quoniam venditio facienda est ex testatoris iussu: non verò fit ex voluntate venditoris. Cum verò duobus vendi testator iusserit, cogitare potuit solum vnũ emere velle, alium nolle; Ergò cum ità legauerit, vt ambo simul emerent: sed enumeratione personarum partes fecerit *l. cui fundus ff. de cond. & dem.* non mirum, si quisque prò sua parte emere possit; Nec enim totum, emere cog tur alter, altero noléte emere; Quoniam in primis ius accrescendi non datur inuito *l. vnica §. vbi autem legatarij C. de cad. toll.* Et pręterea in legato damnationis locus non erat iuri accrescendi, cum ab initio partes fie-

126 rent, vt sciunt eruditiores. Similiter † hęc ratio cessat *in l. cum à matre*. Nam filius ipse non vendidit, sed mater, cui cum hæres pro parte extiterit, necesse est, vt pro ea parte factum illius probet. Ergò prò ea parte repellitur à vindicatione; ergò necessarius quodammodo venditor est eius partis, non voluntarius; Obligatus est enim pro parte alienum factum

præsta

præstare. Si ergò velit emptor partem retinere, iure potest, quia non potest filius allegare scindi negotium non oportere. Ex voluntate enim eius, quę vendidit, scindi non debuisset, sed in totum illam stare venditioni oportuisset. Cum verò filius tanquam Dominus, & tertius veniat ad vindicandum, non tanquam venditor, ea ratione vti non potest; Alioqui teneretur ipse in solidum stare venditioni, & sic nullam partem posset vindicare. Sed ex necessitate cogitur pro parte venditioni stare, quia hæres pro parte. Hac eadem ratione fit, vt per pactum pro parte recedatur ab emptione *l. 7. §. undè illud. uers. sed cum duo haeredes ff. de pact.* nempè quia iam volunt contrahentes negotium diuidere, nec alicui fit iniuria. Cęterùm si emptio, venditio esset sui natura indiuidua, voluntate contrahentium diuidi non posset. Non posse autem emptorem partem pretij offerendo, petere partem rei venditæ; Non mirum; Nam nolente creditore, cui pecunia debetur, pars pecunię solui non potest, nec pro parte soluendo, potest quis liberari *l. Tutor §. Lucius ff. de vsuris l. obsignatione 9. C. de solut.* cum tamen pecunia sit diuidua, & debeatur etiam (vt supponimus) ex causa diuidua. Ita nolenti venditori pars pretij solui non potest, maximè, quia partem ipse non fuisset venditurus.

127 Nonò Possessio † est facti *l. 1. §. adipiscimur ff. de acqu. poss.* & tamen pro parte potest pro indiuiso transferri *l. locus ff. de acqu. poss.* nō minus, quàm dominium; Ergò quę sunt facti, sunt diuidua. Respondeo possessionem non solùm corporis esse, sed animi *l. 3. in princ. l. quemadmodum ff. de acqu. possess.* Quamuis autem res vna pro parte tradi non possit; tamen eius rei pro parte potest acquiri possessio. Licet enim tota tradatur, tamen cum ad acquirendam possessionem animus requiratur, si non totam velit, qui accipit, acquirere: sed velit pro parte possidere; Sine dubio pro parte tantum possidebit, quia animus totam rem non afficit, sicuti traditio, quæ rei fit, & quidem totius. Animus in nobis est, non in re; Dum nolumus, nihil in re agimus; Ergò possumus partem tantum velle. Et quod videtur ex d. loco colligi rem pro parte tradi posse, animaduertendum est, ita esse intelligendum, vt ad effectum possessionis pro parte tradatur, non quātum ad rem ipsam. Nam sicuti res, nō nisi pro solido potest restitui *l. si auo ff. de poss.* ita non nisi pro solido tradi potest.

128 Decimò simile † argumentum est *ex l. si finita §. si ante ff. de damn. infect.* Vbi missi in possessionem ex primo decreto pro parte, pro indiuiso possessionem habent, quę tamen nudi facti videri potest, cum corporalis sit detensio magis, quàm possessio. Respondeo ibi dici missos ex secundo ęqualiter dominos fieri, si ante ex primo decreto fuerant in possessione; Non verò dicitur missos ex primo ex parte detinere, vel possidere. Quod etiam si diceretur: tamen ratio non deesset: Nam vt considerat Eguin. Baro *lib. 2. de diuid. & indiuid. cap. 3. ad fin.* per eam detentionem ius pignoris acquiritur, & alia, quę intellectu Iuris diuisionem recipiunt.

129 Vndecimò Validum † desumi potest argumentum *ex l. si pignori ff. fam. Ercisc.* nam sine dubio actio pignoratitia ad id datur, vt pignus restituatur *l. debitor §. vlt. ff. de pignor. act. l. pen. C. eod. tit.* Et tamen potest quis pignoratitia agere pro parte, vt scilicet partem luat *d. l. si pignori.* Respondeo legem illam ita intelligendam, vt possit debitor partem duntaxat soluere, & pro ea parte eo sensu pignus liberare; Non vt repetere possit pro ea parte, sed vt parte alia soluta, ad id profit prioris partis solutio, vt pignus in totum sit liberatum. Nam certissimum est, non posse hæredes debitoris, soluendo partem hęreditariam partem repetere: Sicuti si vni ex hęredibus creditoris sua pars pecunię debitæ soluatur, non fit, vt alij cohęredes totam rem non possint retinere. Quinimò adhuc totam rem vendere possunt *l. si necessarius §. si unus l. solutum §. si creditori ff. de pignor. act.* Quod ergò dicitur *in d. l. si pignori*: Si hęres, cui totum pignus adiudicatum est, velit totum reddere, audiendum esse, ita intelligendum est, vt si partem offerat debitor ipse acipere non cogatur, sed possit

sit eum cogere totum soluere, dum pignus restituere est paratus. Et quod subijcitur, non idem licere ei, qui pignus voluntariè emit per licitationem, ità est intelligendum, vt iste partem accipere teneatur: Non tamen, vt partem pignoris restituere cogatur, cum imò pro alia parte totum possit retinere. Nam causa pignoris est indiuidua, tanquam pignus sub ea conditione sit datum, vt donec pecunia tota soluatur, retineri possit *l. heredes §. idem Iuris ff. fam. ercisc.* Prætereà dici posset, non valere argumentum. Nam certum est rem pro parte indiuisa pignori esse posse, quo casu creditor rem totam petere non potest, sed partem *l. sicut. §. si conuenerit cum §. sequ. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solu.* nempè quia agitur de auferenda possessione: creditor enim pignus possidet *l. per seruum in princ. ff. de acqu. rer. domin. l. serui nomine ff. de vsucap. cum similibus.* Possessio autem pro parte potest transferri, vt diximus.

130 Duodecimò Obstat † *l. 3. §. heres ff. commod.* Vbi si res sit commodata Titio, isque decesserit relictis pluribus heredibus, quisque pro portione hereditaria conuenitur: Et tamen is, qui commodauit, agit ad id, vt res commodata sibi restituatur *d. l. 3. §. 1. ff. commod.* Simile argumentum deduci potest *ex l. 1. §. sed si duo ff. depos.* Vbi si duo deposuerint, non potest quisque agere, nisi pro parte, nisi conuenerit, vt quisque solidum tollere possit. Rursùs si seruus duorum dominorum communis deposuerit, actio dominis acquiritur pro portione, nó in solidum. *d. l. 1. §. si duorum ff. depos.* Difficile est obiectum. Ego omissis aliorum responsionibus, quæ mihi non satisfaciunt, Animaduertendum existimo pro resolutione, obligationem siue depositi, siue commodati diuiduam esse, & non indiuiduam. Ratio est quoniam contrahentes non eo animo sunt, vt in obligatione sit factum, sed volunt, vt res debeatur, & res ipsa sit in obligatione. Et licet ex natura contractus res sit restituenda, non transferenda; tamen ad rem contrahentes respiciunt, non ad factum. Vndè in deposito non factum, sed res venit in obligationem, & actionem *l. 1. §. hanc actionem vers. & ideo §. si cista ff. depos.* Ideo in deposito veniũt vsuræ *l. Lucius cũ alijs similibus ff. depos.* quæ sine dubio ratione rei præstantur. Item in deposito iuratur in litem *l. 1. §. in depositi ff. depos.* Similiter in actione commodati iuratur in litem, & inspicitur quanti res sit *l. 3. §. in hac actione ff. commod. l. si ff. in litem iur.* & non solùm, vt restituatur res, datur, sed multa alia in hanc actionem veniunt ad quę ratione rei, commodatarius tenetur *l. si vt certo §. nunc videndum l. in rebus ff. commod.* Sic & pigneratitia datur ad rem restituendam, & tamen res est in obligatione, & de re, non de facto dicitur dari iudicium *l. pen. ff. de pignor. act.* & multa alia præter restitutionem in eam actionem veniunt *l. creditor § 5. ff. de pignor. act.* Emptio etiam in eo contrahitur, vt res tradatur, vt dicebamus: & tamen est diuidua, & ab ea pro parte receditur *l. 4. ff. de rescind. vend. l. 70 §. vndè illud vers. sed cum duo ff. de pac.* Nempè quia in his omnibus considerant contrahentes rem, & rei vtilitatem, non factum, & vtilitatem nudi facti. Hac ratione fit, vt rem depositam, vel commodatam, vnus ex heredibus deponentis, vel commodantis solidam petere non possit, sed pro parte duntaxat *l. si stipulatus §. si lancem ff. de solut. l. 1. §. sed si duo §. si pecunia ff depos.* Verùm quoniam res vna pro parte non potest restitui *l. si duo ff. depos.* res ità expeditur, vt caueat is, qui agit pro aliorum portione. Certè apparet ex illis locis actionem in solidum non competere, quæ competeret, si esset indiuidua, vt in seruitutibus contingit *l. via ff. de seruit.* Prætereà in obligationibus facti nunquam ad factum agitur, sed ad interesse *l. si quis ab alio §. 1. ff. de re iud.* At in actione depositi, commodati, & similibus, res petitur, nec interesse debetur, nisi forte si res non præstetur *l. 1. §. si quis argentum §. si cista ff. depos.* Et quis dubitat re deposita posse deponentem pro parte, depositarium, vel pacto, vel acceptilatione liberare è quod tamen fieri non posset, si obligatio esset indiuidua *l. & per iusiurandum § 1 ff. de acceptil.* Et qua ratione, si pecunia deposita

posita est à Titio; possunt eius hæredes partem pecuniæ petere, & pro portione hæreditaria consequi *l.* 1. §. *si pecunia ff. depos.* nisi quia diuidua est obligatio. Alioqui sicuti licèt fundus sit diuiduus, tamen obligatio fundum tradi est indiuidua, ità esset indiuidua illa, pecuniam restitui.

Nec contrarium his est, quod dicitur *in l.* 1. §. *si apud duos ff. depos. l.* 5. §. *fin. ff. commod.* Si res apud duos sit deposita, vel duobus commodata, posse vnumquemq; in solidum conueniri. Nam cum res duobus detur, à duobus quoque est restituenda; Non potest autem per rerum naturam res restitui, quin tota restituatur. Vel ergò is, qui conuenitur, possidet, & rei restituendæ habet facultatem, & rem totam præstare eum oportebit. Quòd si dolo, vel culpa desierit possidere, adhuc condemnabitur quasi possideret: Cessante verò dolo, vel culpa absoluetur, aliusque conuenietur. Neque obstat hæredes depositarij, vel commodatarij pro parte conueniri. Nam id verum est, si rem non possideat aliquis eorum, vt intelligitur *ex l.* 3. §. *heres ff. commod.* quo casu agitur ad interesse, quod cum in pecunia præstetur, est diuiduum, & ideò quisque pro parte conuenitur. Cęterum si vnus possideret, aduersus eum in solidum ageretur, quia scilicet restituere is potest, nec restitutio fieri potest pro parte, quod quidem magis fit potestate iudicij bonę fidei, quàm ipso iure *d.* §. *heres*. Nam potestate l. 12. tab. Actio ista inter hæredes diuisa videtur; Neque enim isti ex contractu sunt obligati, vt illi duo, qui depositum accipiunt, & qui ideo videntur in solidum se ad rei restitutionem obligare, quòd non nisi in solidum restitutio fieri possit, sed veniunt isti obligati ex successione tanquam heredes.

Obligatio alia primaria, alia secundaria. Secundaria diuidua est, licèt primaria sit indiuidua.

SVMMARIVM.

Obligatio alia primaria, alia secundaria. n. 131.

Primaria licèt sit indiuidua, tamen secundaria diuidua est. n. 132.

Adsertur differentia inter obligationem secundariam ob seruitutem nō præstitam, & illam, quæ succedit ob factum non præstitum. n. 133.

Explicatur l. fideicommissa §. pen. ff. de leg. 3. *n.* 134.

Stipulatio iudicatum solui, an sit diuidua, vel non. n. 135.

Explicatur l. 2. §. *incertam ff. de Præt. stip. n.* 136.

Cur vnus heręs contrafaciens, conuenitur pro parte, & tamen vnus hæres totam seruitutis æstimationem præstet. n. 137.

Pœna promissa, si quid datum, vel factum non sit, vtrum in solidum, an prò parte committatur, quando, aduersus quem. n. 138.

131 Monent † Doctores ex stipulatione indiuidua, duas considerari posse obligationes, aliam primariam, aliam secundariam. Primariam vocant, in quam venit res indiuidua in stipulationem deducta; Secundariam, in quā re ipsa in stipulationē deducta non præstita, venit interesse præstandum, quod quoniam in pecunia numerata soluitur, quę diuidi potest, & ipsum diuiduum est, ergo & obligatio secundaria est diuidua.

Ego etiam hanc diuisionem amplector, ea omissa disputatione, an ex stipulatione duplex illa nascatur obligatio; quamuis enim verum esset nō nasci obligationem, nisi ad interesse, quando scilicet de factis indiuiduis in stipulationem deductis quæreretur, quoniam factum (de quo tamen dubitari potest) magis in solutione fit, quàm in obligatione, tamen cum certum sit pręstatione facti debitorem liberari, scire nos oportet, an factum istud diuisionem recipiat, & quoniam facto non pręstito, succedit obligatio ad interesse, similiter sciendum est, an ista obli-

obligatio ad interesse sit diuidua, vel indiuidua.

Duplex igitur pręstatio est ex stipulatione, alia primaria, alia secundaria. Obligatio, vel (si malis) præstatio primaria est eius rei, quę nominatim in stipulatione est expressa. Secundaria est, ad quam quis tenetur re non pręstita in stipulationem deducta. Hæc diuisio præcipuè colligitur *ex l. stipulationes non diuiduntur in princ. & §. Celsus ff. de verb. oblig.*

132 Primaria † ista præstatio, si res in stipulatum deductæ, sint indiuiduę, est indiuidua. Veluti si quis stipulatus sit iter, viam, actum, aquæductum, vel aliam realem seruitutem. Additur *in d. l. 72.* idem dicendum, si quis aliquid faciendum fuerit stipulatus, vt puta, fundum tradi, vel fossam fodi, vel Insulā fabricari, vel quid simile.

Secūdaria verò quamuis res in stipulatum deducta (appellatione rei nunc & facta comprehendo) & non præstita fuerit indiuidua, est tamen diuidua *d. l. stipulationes 72. vers. Celsus ff. de verb. oblig.* Vbi Vlpianus refert Celsum ex sententia Tuberonis existimasse, si quid fieri stipulemur, & id non fiat, quod promissum est, pecuniam dari oportere, ideòque etiam in hoc genere diuidi obligationem, & alibi sępè dicitur facto non pręstito, succedere obligationem ad interesse *l. si quis ab alio. §. 1. ff. de re iud. l. si quis stipulatus 112. §. 1. l. si pœnam 68. ff. de verb. oblig.* Quod cum pręstetur in pecunia, quæ est diuidua necesse est eius obligationem diuiduam esse. Quod si (quoniam quanti intersit, difficilis est probationis) fuerit quis pœnam stipulatus, si non fuerit factum, quod promissum est, multò magis, aut saltem ęque hęc pœnæ stipulatio, quę in pecunia præstanda est, erit diuidua.

133 Planè † obseruanda est differentia inter æstimationem, quæ præstatur seruitutis non solutæ, & eam, quæ ob factum non præstitum; Si seruitus sit promissa, multum interest, vtrum de hęredibus stipulatoris agamus, an de hæredibus promissoris. Si quæratur de hæredibus stipulatoris: Quoniam seruitus est indiuidua, poterit quidem vnusquisque ipsorū solidam petere seruitutem *l. 2. §. ex his igitur ff. de verb. oblig.* sed quoniam vni illa constitui non potest in fundo communi, deueniendum erit ad ęstimationem, & in ęstimatione cōdemnatio erit facienda, quæ quoniam diuidua est, iam incipiet diuidi pręstatio, & hęredi non tota ęstimatio erit pręstanda, sed tanta, quanta ex parte ipse hæres est *l. heredes 25. §. an ea ff. fam. ercisc. l. loci 4. §. si fundus ff. si seruit. vind.* non enim pluribus cuiuique interest, vt dicitur *in d. §. si fundus*. Cum enim simul omnibus vnica seruitus debeatur, & vnica ęstimatio, non potest huius, qui pro parte hęres est pluris interesse, quàm pro parte. At si quęramus de hæredibus promissoris, si vnus ex his conueniatur, non potest ipse quidem seruitutem in fundo communi solus constituere. Sed cum seruitus sit indiuidua, & solida à stipulatore petatur, cuius in solidum interest eam pręstari, oportet hæredem, qui eam non præstat, nec præstare potest, quia alios habet cohęredes, & solus non potest imponere seruitutem, solidam præstare seruitutis æstimationem *l. hæredes §. contra ff. fam. Ercisc. l. 2. §. ex his vers. quo casu ff. de verb. oblig.* vt diximus etiam suprà hoc eodem cap. n. 30.

In factis non ità est. Siquidem, si de hęredibus stipulatoris quæratur, idem in his seruatur, quod diximus in hæredibus eius, qui stipulatus fuit seruitutem. Nam si non fiat, committitur stipulatio ad interesse; Quoniam verò non potest vnius ex pluribus hæredibus interesse, nisi pro parte, consequens est, non nisi pro parte hęreditaria hęredem stipulatoris agere posse *l. 2. §. fin. ff. de verb. oblig.* Cęterùm si quęramus de hęredibus promissoris, si fortè vnus ex his contra faciat, in factis scilicet indiuiduis, committitur quidem solida ęstimatio, sed hæres, qui contrà fecit, non conuenitur ipse in solidum, sed omnes hæredes conueniuntur, quisque pro portione hęreditaria. Solida committitur æstimatio, quia cum factum sit indiuiduum, non nisi in solidum aduersus stipulationem peccari potest *l. 4. §. Cato ff. de verb. oblig.* & quamuis stipulator ab vno prohibeatur, non tamen prohibetur pro parte,

sed in solidum. Vnde in solidum agit.

Cęterùm non agit in solidum ad interesse aduersus vnum, vel ipsum, qui prohibuit, verùm agit aduersus omnes, quemlibet conueniendo pro parte hæreditaria. *l. 2. §. item si in facto l. 4. §. Cato l. in executione §. quod si stipulatus ff. de verb. oblig. l. hæredes §. in illa quoque l. inter §. quod ex facto ff. fam. Ercisc.* licèt vt in dictis Iuribus habetur, cohęredes repetant ab eo, qui prohibuit fam. Ercisc. iudicio, quod soluerunt. Ratio autem, cur omnes, ex vnius facto teneantur, cum regula sit factum vnicuique suum nocere, non alii *l. factum 155. facit l. non debet ff. de reg. Iur.* illa est, quia hæc obligatio descendit à testatore, non verò incipit ab ipsis hæredibus. Vndè cum testator promiserit nō contra fieri, si vnus ex hęredibus contrà faciat, impleta conditione committitur stipulatio, & nascitur obligatio ex promissione defuncti, quem cum omnes hæredes simul repręsentent, opus est, vt & ipsi obligentur, & cum obligatio illa iam sit effecta diuidua, quisque pro sua parte obligatur, diuisa legibus 12. tab. obligatione *l. 1. Cod. si cert. pet. l. 2. Cod. de hered. action.*

Quę quidem decisio omninò retinenda est, quicquid in contrarium opponatur, nam facili negotio dilui poterit.

134 Non enim † obstat primo loco *l. fideicommissa 11. §. pen. ff. de leg. 3.* vbi grauatis pluribus hęredibus opus facere, dicitur vnumquemque in solidum teneri, quoniam verò in casu d. l. Procula conueniebatur, vt faceret, permissum ei fuit, alios hæredes interpellare ad faciendum, quibus tamen cessantibus dicitur Imperatores voluisse solam Proculam opus facere, sumptus cęteris hęredibus imputaturam. Si ergò coacta fuit Procula sola opus totum facere, non fuit illa liberata, nec potuit liberari partem ęstimationis offerendo, & soluendo. Ergo dicendum est æstimationem solidam etiam ab vnoquoque soluendam. Nam respondeo, Proculam ibi voluisse facere, sed petiisse, & cęteros hęredes ad id vocari, ad quem effectum tempus sibi petiit assignari, idque obtinuit. Cęterùm eo tempore trāsacto, voluerunt Imperatores solam Proculam facere, quia ipsa Procula facere volebat, & factum præstando, volebat liberari, non poterat autem partem operis facere, sed si volebat liberari, oportebat totum opus facere. Quòd si Procula facere negasset, non colligitur ex eo textu futuram fuisse illam obligatam, vel condemnandam ad totam ęstimationem; Sed imò ex aliis locis intelligitur, eam non potuisse condemnari ad ęstimationem, nisi pro sua portione hęreditaria. Vel fortè responderi poterit in opere, Reipublicæ causa, faciendo non præstari interesse, sed pręcisè factum pręstari, speciale esse.

135 Secundò † obstat textus *in l. Pœnales §. Iulianus ff. ad l. Falcid.* vbi si plures hęredes extiterint reo, qui iudicatum soluere promiserat, & aliqui defendant, aliqui non. Stipulatio committitur aduersus eos, qui non defendunt, facit *l. fin. l. si ex duobus ff. iudicatum solui.* stipulatio enim ista, & illam continet, vt res defendatur *l. indicatum solui 6. ff. iudicatum solui*, quæ quidem defensio est indiuidua, neque enim res pro parte defendi potest *l. ex clausula ff. eod. tit.* Addi potest *in d. §. Iulianus* dici in omnibus prętorijs stipulationibus id obseruari, vt pro parte tantum stipulatio committatur. Ergò falsum est, quod diximus stipulationem committi in solidum vno contràfaciente, sed actionem contrà vnumquemque dari prò portione hęreditaria, nam actio datur duntaxat aduersus contrà facientem. Respondeo quod dicitur in prętorijs stipulationibus, eam accipi interpretationem, vt is conueniri possit, qui contràfacit, intelligendum esse, quoties prætoria stipulatio est diuidua, si enim indiuidua sit, certum est, etiam prætoriam stipulationem aduersus omnes committi, vt probatur apertè *ex l. 2. in princ. ff. de Pręt. stipul.* Vbi totum opus restitui debet ex stipulatione prætoria. Idem probatur *ex l. 4. §. fin. de ff. verb. oblig.* Quod si diuidua sit, non mirum si pro parte contrà facientis committatur. Dices rei defensio est indiuidua, qua ratione duplę stipulatio committitur, si omnes hæredes non defendant, quamuis vnus hęres non

defen-

defendat, cęteri defendant *l. 4. §. fin. l. cũ ex causa 139. l. in execut. §. in solidum ff. de verb. oblig.* Ergò idem dicendum in stipulatione iudicatum solui. Respondeo venditorem, qui de euictione tenetur, teneri etiam rem defendere *l. si plus §. mora ff. de euict. l. absentem ff. de procurat.* Vndè stipulatio duplæ interposita intelligi debet, etiam si res non defendatur. Itaque si vnus hęres ex pluribus non defendat, verum est rem non defendi *d. l. ex clausula ff. iudicatum solui.* Ergò committitur stipulatio duplæ iam impleta conditione, quia res non defenditur, & ità ipso iure in solidum pœna debetur, sicut diximus suprà n. 108. Non idem contingit in stipulatione iudicatum solui. Nam in ea continetur quidem, rem defendi, verùm si non defendatur, committitur stipulatio ad interesse, non potest autem interesse actoris, nisi pro parte eius, qui non defendit. Ergò aduersus ipsum aget duntaxat pro ea portione, quia iam diuidua est obligatio.

136 Tertiò † obstat *l. 3. §. incertam ff. de Prętor. stipul.* Vbi dicitur prætorias stipulationes, quæ incertam quantitatem continent, scindi in personas hæredum, deindè id corrigitur ex verbis sequentibus, *quamuis possit dici ex persona hæredum promissoris non posse, descendente à defuncto stipulatione diuersam conditionem cuiusque facere.* Ergò vnusquisque hęres insolidum tenetur. Respondeo agi in eo §. de stipulationibus diuiduis. Vndè non mirum si scindantur in personas hæredum, quamuis & illud verum sit, non posse descendente à defuncto stipulatione, diuersam conditionem cuiusque fieri. Nam nec diuersa fit conditio; cum enim si vnus hæres contrà faciat, aduersus illum competat actio, si omnes aduersus omnes, iam idem consequitur stipulator à pluribus, quod ab ipso defuncto consequutus esset, & ità deterior ipsius conditio non fit. Ergò ex illis verbis *quamuis &c.* non corrigitur, quod dictum est scindi obligationem in personas hæredum: sed idem dictum retinetur, quia diuersa conditio cuiusque non fit ex eo, quodquisque hęres proparte hęreditaria soluit, quia tunc immutaretur conditio, si ab hæredibus vno, vel pluribus, id non consequeretur stipulator, quod à defuncto consecutus fuisset, vt benè *ad l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* Declarat Donellus *in explicatione eius textus.*

Ergò in stipulatione facti, si agamus de hæredibus stipulatoris, & vnus ex his prohibeatur, ipse solus agere potest, quia eius solius interest, non cęterorum. At si vnus ex pluribus hęredibus contrà faciat, committitur stipulatori stipulatio in solidum, sed non aduersus contrà facientem duntaxat, verùm aduersus omnes, vt quisque pro hæreditaria portione teneatur.

137 Sed cur † non idem obseruatur in seruitute? quæ si ab vno petatur, quoniam ab ipso solo præstari non potest, si non præstetur; condemnatio fit in solidam æstimationem, & quidem ab eo solo soluendam, qui conuenitur. Cur æstimatio, quæ diuidua est, non præstatur ab omnibus simul, sicuti interesse ob id, quod vnus contrà fecerit, non ab eo solo præstatur, qui contrà fecit, sed ab omnibus simul. Ratio hæc est, quoniam seruitus res est, quę in dando consistit *l. 3. §. dare ff. de vsufructu l. stipulationes 72. ff. de verb. oblig.* non in faciendo, & qui stipulatur seruitutem, stipulatur illam sibi dari. Itaque seruitus, ius illud debetur, & illud ius in iudicium deducitur, vt detur. Cum verò sit indiuiduum, rectè petitur, & solidum debetur ab vno ex pluribus hæredibus. Itaque cum actio in solidum intentetur aduersus illum, qui solidam debet seruitutem, oportet, vt in solidum conuentus condemnetur. Quoniam verò solidam debet seruitutem, quam non pręstat, necessè est condemnatio fiat ad totam ęstimationem, quæ vice seruitutis præstanda est: Non ea in factis ratio. In his, si non fiat, vt conuenit, statim succedit obligatio ad interesse *l. si pœnam l. stipulationes 72. cum similibus ff. de uerb. oblig.* nec vnquam factum petitur, sed semper id, quod interest, quia antequam tempus fuerit elapsum, quo fieri potuit, nec agi potest *l. ità stipulatus 14. l. interdum 73. ff. de verb. oblig. l. Insulam §. 1. ff. locat. l. quoties ff. de operis libert.* Posteà si fa-

si factum non sit, cum iam successerit obligatio ad interesse, vt dictum est, factum non amplius est in obligatione. Ergò nunquam factum petitur, sed id, quod interest, cuius obligatio, cum sit diuidua, inter hæredes diuiditur, qui pro hęreditaria portione conueniuntur. Ab vno hærede petitur tota seruitus: ab vno hærede non petitur factum, sed ab initio ad id, quod interest agitur, quod cum diuiduum sit, necesse est ab initio aduersus vnum hæredem pro hęreditaria portione agi.

138 Superest † vt dicamus de promissione pœnę, si quid datum, vel factum non fuerit, de quo diximus breuiter, cum latè suprà hac de re egerimus n. 107. & seq. Ergò si quis fieri fuerit stipulatus, & nisi fuerit factum, stipulatus fuerit pœnam, interest, an factum fuerit indiuiduum, an verò diuiduum. Primo casu, si contrà fiat etiam ab vno ex pluribus hęredibus, pœna in solidum quidem committitur stipulatori, sed petenda à singulis hæredibus pro portione hęreditaria *l. 4. §. Cato l. in executione §. quod si stipulatus ff. de verb. oblig. l. heredes §. idem Iuris ff. fam. Erc.* Ratio eadem est, quam assignauimus in factis eo casu, quando succedit obligatio ad interesse, quia scilicet pœna est diuidua, & committitur ipsa ex promissione defuncti, quasi impleta conditione ab vno illo hærede. Quod si vnus ex hęredibus stipulatoris sit prohibitus, & aduersus vnum tantum factum sit, ipso quidem iure committitur stipulatio omnibus hæredibus, quia verum est impletam conditionem, & sic commissam esse stipulationem pœnę, sed tamen inspecta mente contrahentium; qui pœnam loco interesse subrogarunt, cum non intersit nisi hæredis prohibiti, ipse solus aget cum effectu, cæteri doli exceptione repellentur *l. 2. §. fin. ff. de verb. obl.* quòd non ità est, pœna non promissa. Nam cum succedat vno prohibito, obligatio ad interesse, & intersit duntaxat illius, qui prohibitus est, ipso iure non competit actio, nisi ipsi prohibito, & quidem pro parte, quia pro parte tantum sua, eius interest. Si verò factum sit diuiduum, & si factum non fuerit, promissa sit pœna, vno contrafaciente aduersus ipsum committitur stipulatio, non aduersus omnes *l. 4. §. Cato ff. de verb. oblig.* Eadem ratione, quia scilicet, licèt ipso Iure pœna sit commissa in solidum, tamen non interest, nisi pro parte, & pœna ista subrogata est loco interesse. Vndè quod dicitur *in d. §. Cato* aduersus solum hęredem contrà facientem committi stipulationem, existimo intelligendum inspecto effectu; Nam ipso iure committitur aduersus omnes, licèt cęteri doli exceptione se possint tueri.

De pœna adiecta obligationi dandi diximus suprà *n. 107. & sequ.* Hæc cum in solidum debeatur, in solidum committitur, & quia descendit ex persona defuncti, & diuidua est, quisque hæres pro hęreditaria portione conuenitur *l. 5. §. si sortem ff. de verb. oblig. l. heredes §. idem Iuris ff. fam. ercisc.*

Explicatur l. 4 §. Cato ff. de verb. oblig.

SVMMARIVM.

Qvid importent verba iter fieri in hoc §. declaratur. n. 139.
Declaratur versic. ille differentia hanc esse rationem. n. 140.
Explicatur vers. sed videamus. n. 141.
Explicatur l. in depositi 9. ff. depositi. n. 142.

Ex adhuc dictis facillimè explicari potest textus difficillimus *in l. 4. § Cato ff. de verb. obl.* Qui textus est præcipuus in hoc diuiduorum, & indiuiduorum tractatu. Difficultas duntaxat superesse potest circa eiusdem §. verba valdè obscura, de quorum sensu, & dubitant, & disputant Doctores: de quibus videamus.

Primò ergo Paulus refert sententiam Catonis, qui dicebat pœna à promissore promissa, si quid aliter factum sit, eo mortuo, & existentibus hæredibus, interdum ab omnibus committi pro portione hęreditaria, interdum ab vno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, sit indiuiduum: ab vno si diuiduum sit. Adfert exemplum eius facti, quod est indiuiduum, nempè *iter fieri*,

Dubi-

139 Dubitant Doctores † quid sibi velint, quid importent hæc verba *iter fieri*. Ego, omissis aliorum sententijs, sequor communem illam eruditiorum, videlicet hęc verba eam denotare stipulationem, vt ire liceat, & per promissorem non fieri, quo minus ire liceat, adiecta pœna si contrà factum fit, neque enim aliter fit aduersus illam stipulationem *iter fieri*, id est ire licere, quàm si prohibeatur stipulator ire. Qui quidem intellectus probatur euidenter *ex eodem §. Cato vers. differentia*, nam adducens Iur. Conſ. rationem differentię inter illam stipulationem *iter fieri*, & amplius non agi, inquit in priori casu omnes commisisse stipulationem videri illam, per te non fieri, quo minus mihi ire, agere liceat. Ergo de ea intellexerat, cum dixerat *iter fieri*. Confirmatur, quia in seruitutibus constituendis solebat ea stipulatio interponi per te non fieri, quominus vti liceat *l. 3. §. si iter ff. de act. empt. l. quoties ff. de seruit.*

140 Secundò † difficultatem prębent ea verba contextus *differentię hanc esse rationem, quod in priori casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit illam stipulationem per te non fieri, quo minus mihi ire, agere liceat*. Verùm hæc ità sunt intelligenda, vt primo casu, videlicet quando factum est indiuiduum, si vnus contrà faciat, *omnes commisisse videntur illam stipulationem per te non fieri &c.* & ea verba, *quod nisi in solidum peccari non poterit* pro *potuerit*, parenthesi sunt includenda, continent enim rationem, cur omnes commisisse videantur, videlicet, quia in eo facto non possit pro parte contrà fieri, nec possit stipulator pro parte prohiberi, vt dicitur *in l. in execut. 85. §. quod si stipulatus ff. de verb. obl.* Sed qui prohibetur, in solidum prohibetur, vnde omnes commisisse videntur stipulationem, id est effecisse, vt stipulatio vires suas exerat, & ex ea agi posse incipiat. Committi enim stipulationem, nihil aliud est, quàm impleta conditione stipulationi locum fieri, vt ex ea agi possit *l. stipulatio ista §. quæsitum l. 8. ff. de verb. oblig. & passim.* Et interdum etiam committere stipulationem, vel non committere dicitur, qui efficit ex stipulatione agi, vel non agi posse *l. Stichum, aut Pamphilum §. tametsi ff. de solut.* Ita hæc verba post Taurellum, Duarenum, explicat Donellus *ad hunc §. n. 8.*

141 Omnium † difficillimus est *vers. sed videamus*, de quo dubitant Doctores, ad quam stipulationem sit ille referendus. Omissis varijs interpretationibus, sequor intellectum Taurelli, Duareni, Donelli, & aliorum, qui volunt hunc vers. referendum ad illam stipulationem, *dolum à te, hæredeq; tuo abesse*. de qua in princ. l. 4.

Dictum fuerat *in l. 2. § item si in facto & seq. & in l. 3.* vno ex cohæredibus promissoris contrà faciente in facto indiuiduo, omnes teneri, sed non committi stipulationem omnibus stipulatoris hęredibus, si vnus prohibeatur, nisi fortè adiecta pœna, & ratio reddita fuerat. Deinde *in princ. l. 4.* hæc subiecta fuerũt verba. *Eadem dicemus, & si dolum abesse à te, hæredeque tuo stipulatus sim, & aut promissor, aut stipulator pluribus hæredibus relictis decesserit.* Quorum verborum is est sensus, vt sicuti in illis stipulationibus, de quibus actum fuerat antè immediatè vno ex hæredibus contrà faciente, omnes tenentur promissoris hęredes, solus verò prohibitus ex stipulatoris hęredibus agit, ità idem seruandum sit in hac stipulatione, *dolum malum abesse*.

Cæterum aduertendum est Paulum in hac l. 4. scripsisse ad Sabinum, vt ostendit legis inscriptio, & vel ea verba, quæ leguntur *in princ. l. 4.* sunt Sabini, cuius sententiam posteà examinat Paulus, præmissa distinctione Catonis. Vel legenda sunt cum interrogatione, vt Duareno, & Donello visum fuit, ità vt ex his nihil affirmetur, sed duntaxat ea verba proponantur examinanda. Certè quicquid sit, eam sententiam examinandam suscipit Paulus. Videlicet, an eidem dicendum sit in ea stipulatione, dolum abesse, quod dictum fuerat de stipulatione facti indiuidui. Et vt quæstionem resoluat, præmittit Paulus distinctionem Catonis, qui dicebat interdum ab omnibus hęredibus pœnam committi, interdum ab vno: ab omnibus si factum fuerat indiuiduum: ab vno si diuiduum. Hac pręmissa, inquit. *Sed videamus, ne non idem hic sit* (quę verba

verba non dubitantis sunt, sed adfirmantis *l. uideamus ff. de ędilit. edict. l. habere licere vers. quod cum ità sit ff. de euict. l. postquam vers. uideamus ff. de petit. hęred. l. in laqueum vers. respondi ff. de acqu. rer. dom.*) Sed magis idem, quod in illa stipulatione Titium, hæredemque eius ratum habiturum: Nempè inquit Paulus *non idem est hic hìc* id est in hac stipulatione, de qua quæro in stipulatione, *dolum abesse*, de quà licèt non proximè Paulus fuerit locutus, tamen cum principaliter de ea sermo, & disputatio fuerit instituta, & de alijs incidenter, & in ordine ad istam dictum sit, rectè dicit Paulus hìc, id est, in hac stipulatione, de qua agitur. Non idem (inquit) est hìc, & in hac stipulatione, quòd in illa per te non fieri, de qua dictum fuerat *in l. 2. §. item si in facto, & seq.* & illa mihi, hęredique meo habere licere, de qua *in l. 3.* sed magis idem, quod in illa stipulatione Titium, hæredemque eius ratum habiturum. Nam hac stipulatione, & solus tenebitur, qui non habuerit ratum, & solus aget, à quo fuerit petitum. Ergò & in stipulatione dolum abesse, actio erit aduersus eum, qui dolum commisit solus, & is aget aduersus quem dolo factum fuerit. Ratio verò, ex qua mouetur Paulus, illa est, quia si in factis diuiduis pœna committitur ab illo tantum, qui contrà facit, necesse est, vt dicamus idem in hac stipulatione dolum abesse, quę interdum diuidua est. Nam aduersus hanc stipulationem fit, siue promissor veneno seruum corruperit, siuè manumiserit, siuè pignori dederit *l. redhibere §. 1. ff. de ędil. edict. l. si post acceptum ff. de rei vindic.* Pone, vnus ex pluribus hęredibus pignori dedit seruum hęreditarium; sine dubio non nisi pro sua parte eum obligauit *l. vnica C. si com. res pign. dat. sit.* An ergò ex eo facto diuiduo tenebitur, & cohæres? Certè nulla id dicetur ratione; sed ex doctrina Catonis, solus iste tenebitur. Neque enim dolus semper in solidum committitur, vt probatur etiam *ex l. inter §. quod ex facto ff. fam. Ercisc.* Vbi videtur supponi, aliquando solum illum hęredem, qui dolo facit, teneri, aliquando omnes. Nam ex illa stipulatione per te, hęredemq; tuum, de qua coniunctim agitur in d. §. certum est vno contrafaciente, omnes teneri. Planè interdum etiam dolus in solidum ab vno committitur, quo casu omnes tenentur. Idem contingit in stipulatione, ratum haberi. Si enim res, de qua agitur, est diuidua, pro parte ratum haberi potest. Si sit indiuidua, non potest pro parte ratum haberi. Ergo illa stipulatio dolum abesse, magis similis erit huic rem ratam haberi, in qua, & solus tenetur, qui ratum non habuit, & is solus agit, à quo fuerit petitum. Si enim diuidua fuerit stipulatio, is solus videbitur contrafecisse pro parte, qui dolo fecit, & aduersus eum solum dabitur actio. Si verò fuerit indiuidua, quia in solidum dolo factum fuerit, aduersus omnes agetur, pro vt contingit in stipulatione ratum haberi, cui hac ratione, magis similis illa stipulatio esse dicitur, licèt non per omnia hę duæ stipulationes conueniant. Nam interdum pro parte ipse dominus ratum habere non potest, possunt tamen pro parte hęredes, vt suprà diximus.

Verbis textus ità explicatis, iam §. sententia certa est, & id dicit Paulus in eo §. pœnam adiectam stipulationi facti indiuidui, vno hærede contrà faciente aduersus omnes committi pro portione hæreditaria. Adiectam verò stipulationi facti diuidui, committi solum aduersus contrà facientem pro sua portione: & hęc ex sententia Catonis. Qua pręmissa, subijcit Paulus, stipulationem, dolum abesse, magis similem esse stipulationi de rato, quæ interdũ diuidua est.

Multa possent obijci aduersus hæc dicta, sed quia vltimus vers. à nobis explicatus est suprà n. 109. & sequ. & de pœnis adiectis, siue stipulationibus facti, si non fieret, siue stipulationibus dandi, si non daretur, diximus suprà n. 107. & seq. ex quibus dictis intelligi facilè possunt, & resolui, quæ hìc obijci possent; Duntaxat
142 † vnam proponemus difficultatem, & obiectionem *ex l. in deposito 9. cum l. sequ. ff. depos.* Vbi si vnus ex pluribus hæredibus dolo fecerit in re deposita, ipse solus tenetur, non cohæredes. Cur ergò in obligatione facti, si vnus hęres contrà faciat

ciat

ciat, omnes tenentur. Etiam obligatio depositi in faciendo consistit, videlicet in restituendo. Etiam obligatio depositi, perindè descendit ex contractu defuncti, pro vt obligatio facti. In deposito ex natura contractus, dolus est præstandus *l. contractus 23. ff. depos.* Ergò tanto magis ex contractu defuncti, obligatiò descendit ratione doli commissi ab hærede. Nec dicatur, id fieri ratione bonæ fidei, prout respondet Bartolus *in §. Cato n. 7.* quæ in hoc contractu attenditur, qui bonę fidei est, & ex officio iudicis. Nam imò non ex iudicis officio id procedit, cum ab initio in solidum actio competat aduersus eum, qui dolo fecit *d. l. in deposit.* Nec magis satisfacit d. Bartoli responsio *d. n. 7.* nempè idità procedere, quia obligatio depositi est diuidua, duntaxat solutione est indiuidua. Nam in primis assignanda ratio esset, cur in deposito factum sit diuiduum obligatione, solutione indiuiduum: deindè cum ex eo, quòd solutione fit indiuiduum, actio detur in solidum, & diuidi non possit; ità nec diuidi poterit actio ratione doli in re commissi. Et ex eo, quòd obligatione factum sit diuiduum, non sequitur, si dolo fiat, quo minus factum pręstari possit, quod pręstatione est indiuiduum, petitionem diuidi, & competere contrà vnum tantum, cum versemur in facto, quod debetur ex contractu defuncti. Difficile existimo huic obiecto satisfacere. Fortè responderi poterit, quoties defunctus promittit per se, & per hęredes suos non fieri vi ipsa, si contrà fiat, se obligare ad interesse, quia facta magis in solutione sunt, quàm in obligatione. Ergò si quæ obligatio ex eo contractu nasci potest, est ad interesse in casum contrauentionis: hæc verò obligatio ex promissione defuncti est, eaque expressa. Ergò necesse est, vt transeat ad hæredes. At si defunctus acceperit rem depositam, ex ista receptione, non ad factum ipse obligatur, sed ad rem, vt supra probauimus num. 130. ideò diuiditur obligatio inter heredes. Quòd si vnus ex pluribus hæredibus dolo fecerit, noua nascitur obligatio extra id, quod à defuncto actum est, & extra id, ad quod defunctus se obligauit ex delicto ipsius heredis *d. l. 9. ff. depos.* Ergò hæc non descendit a defuncto, ideò cęteros cohęredes non obligat. Mortuo depositario, iam transierat obligatio ad hęredes pro hęreditaria portione, si vnus ex his dolo faciat circa rem depositam, noua nascitur obligatio ex delicto ipsius, quæ ex contractu defuncti non descendit. Quamuis enim ex natura contractus dolus sit præstandus, vt tamen obligatio nascatur, non est necessarium dolum committi, sed statim re deposita recepta, obligatio nascitur ad rem restituendam. Obligatio ergò illa, quę nascitur ex dolo vnius hęredis, non nascitur ex contractu defuncti, licèt occasione eius contractus orta sit, nunc demum ex facto hæredis. At quando defunctus promittit per se, & suos hęredes non fieri, vult sine dubio obligari, non potest obligari, nisi in casum contrauentionis. Ergo quoties fuerit contrauentum, ex contractu defuncti nascitur obligatio, qui quidem contractus non potest vnquam obligationem parere, nisi in casum contrauentionis. In deposito, vt actio nascatur, sufficit rem depositi causa receptam esse, ex re nascitur obligatio, nec necesse est, vt dolus committatur, vt ex deposito agi possit.

F I N I S.

Ad Laudem, & Gloriam Omnipotentis D E I, *&*
Deiparæ semper Virginis M A R I A E

Grauiora Errata sic Corrigito.

PAg. 3. col. 2. in fumm. lin. 9. *quis* legendum *qui*. pag. 9. col. 2. lin. 2. *habet*, leg. *habeat*. pag. 17. c. 1. l. 24. *Aut* leg: *At*, p. 19. c. 1. l. 37. *deferenda* leg. *referenda*, p. 23. c. 1. l. 9. *in re* leg. *inire*, p. 31. c. 1. l. 12 *conualesceret* leg. *conualescere*, lin. 16. *fui* leg *sui*, p. 32. c. 1. l. 39. *babet* leg. *habet* p. 34. c. 1. l. 34. *exeludit excludi*, p. 40. c. 2. l. 16. *vult. vlt.* p. 41. c. 2. l. vltima. *aliquo* Adde *casu*, p. 53. col. 1. l. vlt. *decteto. decreto*, p. 61. c. 2. l. 10. *Qui Quid*, p. 73. c. 1. l. 1. *cum, eum* p. 78. c. 2. l. 26. *quod, quo*, p. 91. col. 2. lin. 7. *peto, pen.* p. 99. c. 2. l. 30. *Nam* Adde *conditio*. p. 106. c. 2. l. 14. *iam, etiam*. pag. 118. c. 2. l. 42. *scinderetur, scindetur*. p. 121. c. 1. l. 44. *quid, quod*. p. 122. c. 2. l. 4. *fi, si*. p. 123. c. 2. l. 33. post verbum *omnes* Adde *Ius* p. 124. c. 2. l. 40. *iuxta*, leg. *iusta*. p. 127. c. 1. l. vlt. *haredem*, leg. *seruum*. p. 130. c. 1. l 9. *qui, quia*. p. 131. c. 2. l. 3. *carina, carinæ*. pag. 137. c. 2. l. penult. *accipien, accipiens*. p. 143. c. 2. lin 14. *saltem, saltem*. p. 147. c. 1. lin. 35. *eius, plus*. p. 152. c. 1. l. 24. *admitegtur, admittatur*. p. 157. c. 1. l. 40. *cum, eum*. p. 163. c. 2. l. vlt. *quod, quid*. p. 169. c. 1. l. 28. *ędificant*, leg. *ędificanti*. p. 172. c. 2. l. 22. *dissentio, dissensio*. p. 173. c. 1 l. 46. *possidete, possidere*. p. 183. c. 2. in argumento l. 72. *mens, manus*. p. 184. c. 2. l. 25. post verb. *reo*, Adde *&*. p. 199. c. 2. l. 34. *sun, suus*. p. 201. c. 2. l. 6. *est* dele. l. 10. *fine*, de l. 44. *posiea, posita*. p. 202. c. 1. l. 46. *nascetur nasceretur*. c. 2. l. 1. *filios, filio* l. 13. *testatorem, testamentum*, l. 17. *natiuitati, natiuitate*. l. 20. *necessarium, necessariò*. l. 21. *filios, filio*. l. vlt. *quadrantem, quadrante*. p. 203. c. 1. l. 20. *formam, formulam*. l. 42. *institutus, substitutus*. c. 2. l. 10. *institutus, instituturus*. l. 14. *nepotes, nepotis*. p. 205. c. 1. l. 2. *pos, nepos*. p. 206. c. 2. l. 8. *formula, formula*. l. 16. *nasciturum*, Adde *qui*. p. 207. c. 1. l. 23. *nullius, nullis*. c. 2. l. 26. *exprimatur, exprimantur*. l. 31. post verbum *est* Adde *si*. p. 208. c. 1. l. 44. *permixerit, permiserit*. p. 209. c. 2. l. 4. *existimaui, existimauit*. l. 7. *prospexisse, prospexisset*. l. 6. *forma, formula*. p. 215. c. 2. l. 28. *qui*, adde *cum*. p. 222. c. 1. l. 16. *sub pœna, pœna sub*. p. 224. c. 1. l. 21. 22. *fructuarius, vsuarius*. p. 231. c. 1. l. 25. *vnus, vnum*. p. 237. c. 2. l. 25. *potuerunt, poterunt*. p. 244. c. 1. l. 48. *essequt, execut*. p. 246. c. 2. l. 31. *Caton. Cato. n.* l. pen. *conra, contra*. p. 247. c. 2. l. 33. *non* dele, p. 248. c. 2. l. 23. *qua, quæ*. p. 249. c. 2. l. 38. *stipuiatio, stipulatio*. p. 250. c. 1. l. 2. post verbum *duntaxat* adde *stati*. p. 253. c. 2. l. 1. *datur, tradatur*. l. 13. *posset, potest*. l. 18. *causa, causa*. l. 41. *vtem, autem*. pag. 254. c. 2. l. 14. *detensio, detentio*. l. vlt. *acipere, accipere*.